

Probleme des Suspensiveffektes von Rechts- mitteln im Zivilprozess- und Schuldbetrei- bungs- und Konkursrecht

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

Peter von Salis

von Bever GR

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Hans-Ulrich Walder

1980



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507203_0036

Probleme des Suspensiveffektes von Rechts- mitteln im Zivilprozess- und Schuldbetrei- bungs- und Konkursrecht

Dissertation

**der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich**

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

Peter von Salis

von Bever GR

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Hans-Ulrich Walder

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 13. Februar 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. J. Rehberg



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 50 der Reihe

Züricher Studien zum Verfahrensrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von R. Hauser, H. Nef und H.U. Walder

Meinen Eltern

VORWORT

Es ist mir ein Anliegen, all jenen herzlich zu danken, die zur Entstehung dieser Arbeit beigetragen haben. An erster Stelle wende ich mich damit an Herrn Prof. Dr. H.U. Walder, der stets bereit war, Probleme mit mir zu besprechen und schliesslich die Korrektur der Arbeit in kurzer Zeit durchführte. Ebenfalls bin ich Herrn Dr. R. Frank, Präsident der II. Zivilkammer des Zürcher Obergerichtes, sehr zu Dank verpflichtet. Er hat meiner Arbeit stets grosses Interesse entgegengebracht und ohne seinen ausserordentlich hilfreichen Beistand in der Sammlung von Entscheidungsmaterial wäre sie, die auf seine Anregung hin geschrieben wurde, kaum möglich gewesen. Lange Diskussionen mit Herrn Dr. Isaak Meier haben oft zur Ueberwindung von Schwierigkeiten beigetragen. Von ihm stammt manche wertvolle Anregung. Frau Hanni Vetterli schliesslich besorgte die Reinschrift des Manuskriptes. Auch ihnen sei herzlich gedankt.

Das Material ist bis Sommer 1979 berücksichtigt.

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungen	VII
Literaturverzeichnis	VIII
Rechtsquellen	XIII
 1. TEIL: DER SUSPENSIVEFFEKT IM ZIVILPROZESSRECHT	 1
§ 1 Begriffliches	1
I Der Suspensiveffekt	1
1. Begriff	1
2. Abgrenzung zu den vorsorglichen Massnahmen	3
II Die formelle Rechtskraft	6
1. Die herrschende Lehre	6
2. Kritik der herrschenden Lehre	7
3. Versuch einer Neufassung der Definition	9
III Die Vollstreckbarkeit	11
§ 2 Rechtsmittel, die Suspensiveffekt haben können	14
I Der Begriff des Rechtsmittels	14
II Die einzelnen Rechtsmittel	15
III Der Suspensiveffekt	17
§ 3 Der Eintritt des Suspensiveffektes	24
I Automatischer Eintritt	24
II Eintritt auf besondere Anordnung hin	26
1. Allgemeines	26
2. Die Zuständigkeit zur Erteilung des Suspensiveffektes	27
3. Kriterien für die Erteilung des Suspensiveffektes	27
a) Erfolgsaussichten des Rechtsmittels	28

b) Schwere des Nachteils	30
c) Verhältnis dieser Kriterien zueinander	36
4. Erteilung von Amtes wegen?	41
5. Rechtsmittel	47
a) Einsprache	47
b) Nichtigkeitsbeschwerde	50
III Der Entzug des Suspensiveffektes	52
1. Rechtsmittel, bei denen der Suspensiveffekt entzogen werden kann	52
2. Rechtsmittel, bei denen kein Entzug möglich ist	53
3. Verfahren des Entzuges	54
a) Entzug des Suspensiveffektes beim Rekurs	54
b) Entzug des Suspensiveffektes bei Nichtigkeitsbeschwerde und Revision	56
IV Sicherheitsleistung	57
1. Anwendungsbereich	57
2. Zweck der Sicherheitsleistung	57
a) Sicherung der Vollstreckung	58
b) Sicherheitsleistung für Schaden, der aus der aufschiebenden Wirkung resultiert	60
c) Ergebnis	62
3. Wann ist Sicherheitsleistung zu verlangen?	62
4. Art und Höhe der Sicherheitsleistung	65
a) Die Art der Sicherheitsleistung	65
b) Die Höhe der Sicherheitsleistung	66
5. Anordnung der Sicherheitsleistung von Amtes wegen?	66
6. Das Verhältnis von Suspensiveffekt und Sicherheitsleistung	66
a) Beim Rekurs	66
b) Bei Nichtigkeitsbeschwerde, Revision und eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde	67

V	Suspensiv-effekt bei unzulässig eingelegtem Rechtsmittel	69
	1. Unzulässiges Rechtsmittel	69
	2. Rechtsmittel mit automatischem Suspensiv-effekt	69
	3. Rechtsmittel ohne automatischen Suspensiv-effekt	76
	4. Nachträgliche Heilung des Mangels einer Rechtsmittelvoraussetzung	77
§ 4	DIE WIRKUNGEN DES SUSPENSIV-EFFEKTES	78
I	Anfechtung prozesserledigender Entscheide	78
	1. Hemmung der formellen Rechtskraft	79
	2. Hemmung der materiellen Rechtskraft	85
	3. Hemmung der Vollstreckbarkeit	86
	4. Erstreckung der Rechtshängigkeit	89
	5. Zusammenfassung	89
	a) Sachurteile	89
	aa) Leistungsurteile	89
	bb) Feststellungsurteile	90
	cc) Gestaltungsurteile	90
	b) Prozessurteile	91
II	Anfechtung prozessleitender Entscheide	91
	1. Die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit prozessleitender Entscheide	92
	a) Die formelle Rechtskraft	92
	b) Die materielle Rechtskraft	93
	c) Die Vollstreckbarkeit	93
	2. Der Suspensiv-effekt als Hemmung von Rechts- kraft und Vollstreckbarkeit	94
	3. Weitere Wirkungen des Suspensiv-effektes	94
	a) Ungenügen der herkömmlichen Umschreibung	94
	b) Sistierung des Prozesses?	97
	c) Keine vorläufige Anordnung des mit dem Rechtsmittel Verlangten	98

III	Wirkungen auf den Bestand vorsorglicher Massnahmen	99
	1. Berufung und Rekurs	99
	2. Nichtigkeitsbeschwerde und Revision	100
	3. Berufung ans Bundesgericht	106
	4. Konkurrenz von Rechtsmitteln mit und ohne Suspensiveffekt	107
	5. Zusammenfassung	110
§ 5	DER UMFANG DES SUSPENSIVEFFEKTES	112
I	Ausdrückliche gesetzliche Regelung	112
	1. Hemmung im gesamten Umfang	112
	2. Hemmung nur im Umfang der Anträge	112
	3. Würdigung	114
II	Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung	115
	1. Berufung und Rekurs	116
	a) Berufung	116
	b) Rekurs	119
	2. Nichtigkeitsbeschwerde und Revision	120
§ 6	ZUSAMMENFASSUNG	120
2. TEIL:	DER SUSPENSIVEFFEKT BEI BETREIBUNGS-RECHTLICHEN RECHTSMITTELN	123
§ 7	DIE ZU UNTERSUCHENDEN RECHTSMITTEL	123
§ 8	DER EINTRITT DES SUSPENSIVEFFEKTES	126
I	Eintritt nur auf besondere Anordnung hin	126
	1. Das geltende Recht	127
	2. Rechtspolitische Würdigung	127
	a) Rechtsmittelcharakter	127
	b) Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren	131

c) Zusammenfassung	132
II Erteilung auf Antrag oder von Amtes wegen?	133
III Die Kompetenz zur Erteilung des Suspensiveffektes	140
IV Kriterien der Erteilung	140
V Rechtsmittel gegen den Entscheid über die Erteilung der Suspensivwirkung	142
VI Unerlaubt erteilter Suspensiveffekt	144
 § 9 DIE RECHTSKRAFT BETREIBUNGSRECHTLICHER VERFUEGUNGEN	 145
I Begriff	145
II Der Zeitpunkt des Eintrittes der formellen Rechtskraft	146
III Der Einfluss des Suspensiveffektes auf die formelle Rechtskraft	148
 § 10 DIE WIRKUNGEN DES SUSPENSIVEFFEKTES	 149
I Allgemeines	149
II Der Zweck des Suspensiveffektes	149
III Abhängigkeit des Suspensiveffektes von der Frage, wer ein Rechtsmittel einlegt	150
IV Der Suspensiveffekt als Hemmung sämtlicher Entscheidungswirkungen?	151
1. Das Problem	151
2. Lösungsversuch	153
a) Beispiele	153
aa) Beschwerde gegen die Zustellung des Zahlungsbefehls	153
bb) Beschwerde gegen die Bewilligung des Rechtsstillstandes	155
cc) Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Erteilung der Rechtsöffnung	158
dd) Berufung gegen das Konkurserkennntnis	161

ee) Beschwerde gegen die Pfändung	170
ff) Beschwerde gegen den Arrestvollzug	175
gg) Beschwerde gegen die Aufnahme der Retentionsurkunde	178
b) Ergebnis	178
3. Betrachtung de lege ferenda	179
V Wirkung ex nunc oder ex tunc?	181
VI Suspensiveffekt und Fristen	183
1. Fristen für Parteien und Dritte	184
2. Ausführungsfristen	185
3. Zustandsfristen	189
4. Materiellrechtliche Fristen	192
VII Wirkungen, die der Suspensiveffekt nicht haben kann	193
1. Keine vorsorgliche Anordnung dessen, was mit der Beschwerde verlangt wird	193
2. Keine Wirkung im Sinne eines Verbotes der Vornahme von Parteihandlungen	194
3. Keine Wirkung für interne Verrichtungen des Amtes	196
4. Keine Wirkung in bezug auf Inzidenz- streitigkeiten	196
§ 11 DER UMFANG DES SUSPENSIVEFFEKTES	198
I Allgemeines	198
II Anträge	200
III Inhaltliche Eignung zur Teilrechtskraft, Natur des angefochtenen Entscheides	201
IV Einschränkung durch Anordnung der Rechts- mittelinstanz	203
§ 12 ZUSAMMENFASSUNG	204

ABKUERZUNGEN

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Ansatz
a. E.	am Ende
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
cit	zitiert
insb.	insbesondere
i. V. m.	in Verbindung mit
m. a. W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
OGer	Obergericht (wenn nichts anderes erwähnt das zürcherische)
PKG	Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
u. U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
Ziff.	Ziffer
ZivK	Zivilkammer
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

LITERATURVERZEICHNIS

- Baumann, Werner, Die Konkurseröffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Diss. Zürich 1979, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Bd. 33
- Baur, Fritz, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 20, Tübingen 1967
- Benz, Albert, Der Vollstreckungsbefehl in der zürcherischen Praxis, Diss. Zürich 1936
- Birchmeier, W., Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, Zürich 1950
- Blomeyer, Arwed, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin 1963
- Blumenstein, Ernst, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911
- Bölsterli, Urs, Oeffentliches Interesse im Zivilprozess, Diss. Zürich 1976
- Brand, Ernst, Zeitpunkt und Wirkung der Konkurseröffnung, Beschränkte Zulässigkeit von nova von Bundesrechts wegen, SJZ 44 S. 39 ff., 49 ff.
- Zur Frage der Zulässigkeit von nova im Berufungsverfahren gegen das Konkurserkennntnis, SJZ 47 S. 337 ff.
- Bruns, Rudolf, Zivilprozessrecht, 2. Auflage München 1979
- Burckhardt, Walther, Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939
- Caliezi, Raymond, Der Einspruch gegen das Versäumnisurteil im Zivilprozess, Diss. Zürich 1968
- Deggeller, Otto, Die Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkurs-sachen an das Schweizerische Bundesgericht, Diss. Zürich 1923
- Diem, Peter, Das Vollzugsverfahren nach der st. gallischen Zivilprozessordnung von 1939, Diss. Zürich 1947

Favre, Antoine, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, aus dem Französischen übersetzt von Dr. E. Steiner, Freiburg i. Ue. 1956

Fischli, Ernst, Richterliche Fragepflicht, BJM 1954 S. 81 ff.

Fritzsche, Hans, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2. Auflage, 2 Halbbände, 1. Bd. Zürich 1967, 2. Bd. Zürich 1968

Gilles, Peter, Rechtsmittel im Zivilprozess, Frankfurt a/M 1972

Graner, Paul, Die einstweiligen Verfügungen nach bernischem Zivilprozess, Diss. Bern 1932

Guldener, Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage Zürich 1979 (cit: Guldener)

- Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942 (cit: Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde)

- Ueber dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozess und eidgenössischen Betreibungsrecht, ZSR NF 65 S. 185 ff.

Günthard, Eugen, Die Rechtsmittel des solothurnischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1941

Habscheid, Walther J., Droit judiciaire privé suisse, Genève 1975 (cit: Habscheid)

- Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozessrecht, SJZ 74 S. 201 ff., 219 ff.

Hagenbüchle, Anton, Das Rechtsmittel der Beschwerde nach thurgauischem Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1943

Hasenböhler, Franz, Die provisorische Verfügung nach basellandschaftlichem Zivilprozessrecht, BJM 1976 S. 1 ff.

Haubensak, Urs, Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1975, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht Bd. 14

Hauser, Willy/Hauser, Robert, Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 1978

Helberg, Liselotte, Die Rechtsmittel des Genferischen Zivilprozessrechtes, Diss. Zürich 1956

- His, Eduard, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht Band VII 4. Abteilung Art. 927-964 OR, Bern 1940
- Hofmann, Kurt, Ueber das Wesen und die subjektiven Grenzen der Rechtskraft, Leipzig 1929
- Huber, Georg, Die Einstellung der Betreuung, Diss. Zürich 1947
- Imboden, Max, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bände, 4. Auflage Basel/Stuttgart 1971
- /Rhinow, René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bände, 5. Auflage Basel/Stuttgart 1976
- Jaeger, Carl, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 2 Bände, 3. Auflage Zürich 1911 (cit: Jaeger)
- /Daeniker, Marta, Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis der Jahre 1911-1945, 2 Bände, Zürich 1947 (cit: Jaeger/Daeniker, Praxis)
- Kummer, Max, Grundriss des Zivilprozessrechtes, 3. Auflage Bern 1978
- Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, ZSR NF 73 S. 163 ff.
- Leipold, Dieter, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Münchener Universitätschriften, Reihe der Juristischen Fakultät Bd. 21, München 1971
- Leuch, Georg, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. Auflage Bern 1956
- Mayer, Karl, Anspruch und Rechtskraft im Deutschen Zivilprozessrecht, Stuttgart 1930
- Meier, Isaak, Iura novit curia, Diss. Zürich 1975, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht Bd. 16 (cit: Meier)
- Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, 2. Bd. Zürich 1977 (cit: Meier SchK)
- Einstweiliger Rechtsschutz (noch nicht erschienen) (cit: Meier, einstweiliger Rechtsschutz)
- Meier-Hayoz, Arthur, Berner Kommentar Art. 1-10 ZGB, Bern 1966

- Meier-Hayoz, Arthur, Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951
(cit: Meier-Hayoz, Richter als Gesetzgeber)
- Müller, Max, Die Berufung im thurgauischen Zivilprozess, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Freiburg i. Ue. 1954
- Nikisch, Arthur, Zivilprozessrecht, Tübingen 1950
- Oftinger, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 4. Auflage Zürich 1975
- Perrig, Werner, Berufung und Nichtigkeitsklage im Zivilprozess des Kantons Wallis, Diss. Freiburg i. Ue. 1953
- Pfenninger, Hans, Die Realexekution im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1924
- Popper, Sigismund, Wesen und Wirkungen der Rechtshängigkeit nach zürcher. Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1920
- von Rechenberg, D., Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Bd. 40, Zürich 1979
- Riffel, Hermann, Die Betreibung von Geldbeträgen im Verwaltungszwangsverfahren (im Vergleich mit der ZPO), Diss. Tübingen 1963
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz, Zivilprozessrecht, 12. Auflage München 1977
- Schaufelberger, Georg, Die Berufung im Zivilprozess des Kantons Waadt, Diss. Zürich 1958
- Schwander, Vital, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Auflage Zürich 1964 (Nachdruck 1966)
- Schwarzenbach, Hans Rudolf, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 6. Auflage Bern 1975
- Sieben, Alexander, Ueber summarisches Zivilprozessverfahren im geltenden schweizerischen Recht, München 1950
- Siegrist, Karl, Probleme aus dem Gebiete der Realexekution, Diss. Zürich 1958
- Sorg, Hans, Das Beschwerdeverfahren in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1954

- Stamm, Walter, Das Institut der vorsorglichen Massnahme im zürcherischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1943
- Sträuli, Hans/Messmer, Georg, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976
- Thomas, Heinz/ Putzo, Hans, Zivilprozessordnung, 9. Auflage München 1977
- Thouvenin, André, Die bundesrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen, Diss. Zürich 1978, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Bd. 29
- Tuhr, Andreas von/Escher, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Bd., 3. Auflage Zürich 1974
- Uebe, Klaus, Die Vorwegnahme der Endentscheidung durch einstweilige Verfügung, Diss. Freiburg/Br.
- Vetsch, G., Der Zeitpunkt der Konkursöffnung, SJZ 33 S. 152 ff.
- Walder, Hans Ulrich, Der neue Zürcher Zivilprozess, 2. Auflage Zürich 1979 (cit: Walder)
- Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung nach zürcherischem Recht, Zürich 1966 (cit: Walder, Prozesserledigung)
- Weber, Leo/Brüstlein, Alfred, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1890
- Zahner, Bruno, Die Berufung gegen Erkenntnisse über Konkursbegehren, Diss. Zürich 1959
- Zeiss, Walter, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Tübingen 1976
- Zweifel, Paul, Revision, Reinigung und Erläuterung nach st. gallischer Zivilprozessordnung, Diss. Freiburg i. Ue. 1952

RECHTSQUELLEN

aZPO	Gesetz betreffend den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) des Kantons Zürich vom 13. April 1913
DZPO	Deutsche Zivilprozessordnung
GVG	Zürcherisches Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
VBR 1	Verordnung Nr. 1 zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 18. Dezember 1891
VZG	Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZPO	Zivilprozessordnung (wenn nichts anderes gesagt, jene des Kantons Zürich)

ZH

Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13. Juni 1976

BE

Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918

UR

Zivilprozessordnung vom 29. März 1928, revidiert am 28. Juni 1963

SZ

Zivilprozessordnung vom 25. Oktober 1974

OW

Verordnung über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung)
vom 9. März 1973

NW

Verordnung über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung)
vom 11. Juli 1970

GL

Zivilprozessordnung des Kantons Glarus vom 2. Mai 1965

ZG

Zivilprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober
1940

FR

Zivilprozessordnung vom 28. April 1953

SO

Zivilprozessordnung vom 11. September 1966

SH

Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom
3. September 1951

AR

Gesetz über die Zivilprozessordnung für den Kanton
Appenzell A. Rh. vom 24. April 1955

AI

Gesetz über die Zivilprozessordnung für den Kanton
Appenzell I. Rh. vom 24. April 1949

SG

Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 20. März 1939

GR

Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden vom
20. Juni 1954

TG

Zivilprozessordnung für den Kanton Thurgau vom
19. Oktober 1926

VD

Code de procédure civile du 14 décembre 1966

VS

Zivilprozessordnung der Republik und des Kantons
Wallis vom 22. November 1919

1. TEIL:

DER SUSPENSIVEFFEKT IM ZIVILPROZESSRECHT

§ 1 BEGRIFFLICHES

In diesem ersten Paragraphen soll in erster Linie versucht werden, den Begriff des Suspensiveffektes zu entwickeln. Es bedingt dies notwendigerweise, dass auf erst weiter hinten in dieser Arbeit gewonnene Erkenntnisse vorgegriffen wird. Trotzdem ist es sinnvoll, den Begriff des Suspensiveffektes an dieser Stelle zu behandeln, denn dieser weicht von dem, was der Wortlaut des Gesetzes und die Äußerungen in der Doktrin vermuten lassen, etwas ab. Es wird damit erreicht, dass die spätere Behandlung von Einzelfragen von begrifflichen Erörterungen entlastet wird.

In zweiter Linie geht es darum, die Begriffe der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit, die im Laufe dieser Arbeit eine Rolle spielen werden, vorab zu klären. Es hat dies die Meinung, dass an den betreffenden Stellen sogleich zu einer Behandlung der spezifisch mit dem Suspensiveffekt zusammenhängenden Probleme geschritten werden kann, ohne umfangreiche begriffliche Vorfragen einschieben zu müssen.

I Der Suspensiveffekt

1. Begriff

Der Suspensiveffekt (aufschiebende Wirkung) ist eine Eigenschaft, die Rechtsmitteln zukommen kann. Er wirkt sich dahingehend aus, dass gewisse Wirkungen, die ein angefochtener Entscheid haben kann, noch nicht eintreten.

In der Lehre findet man folgende Definition: Der Suspensiveffekt eines Rechtsmittels hemmt den Eintritt der Rechtskraft und/oder der

Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides¹⁾. Die Gesetze sprechen zum Teil von Hemmung der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit²⁾, andere dagegen führen nur die Rechtskraft³⁾ oder nur die Vollstreckbarkeit⁴⁾ als Objekt der Suspensivwirkung auf.

Damit ist kein vollständiger Begriff gewonnen. Es drängen sich Präzisierungen auf. Die Begriffsmerkmale des Suspensiveffektes sind die folgenden:

a) Der Suspensiveffekt kann Rechtsmitteln beigelegt werden. Es ist zu unterscheiden zwischen einem formellen und einem materiellen Rechtsmittelbegriff⁵⁾. Der hier massgebende ist der materielle, d.h., Suspensiveffekt kann jedem prozessualen Rechtsbehelf, der der Anfechtung eines richterlichen Entscheides mit dem Ziel, diesen abzuändern oder aufzuheben, dient und der den Parteien einen Anspruch auf Ueberprüfung der angefochtenen Entscheidung gibt, zukommen.

-
- 1) Guldener S. 486 spricht von "Hemmung der Vollziehbarkeit". An anderer Stelle ist jedoch auch von einer Hemmung der Rechtskraft die Rede: vgl. S. 391 Anm. 122.
Habscheid S. 436 und Kummer S. 187 sehen im Suspensiveffekt eine Hemmung der Rechtskraft, die in der Regel eine Hemmung der Vollstreckbarkeit nach sich zieht.
Ebenso Helberg S. 53, Schaufelberger S. 52
Müller S. 67 und Perrig S. 50 sprechen von Hemmung der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit, wobei Perrig es jeweils von der Prozessordnung abhängen lässt, ob Rechtskraft oder Vollstreckbarkeit oder beides gehemmt werden.
Gemäss Helberg S. 53 ist in bezug auf die genferische ZPO anzunehmen, es werde nur die Vollstreckbarkeit gehemmt.
Vgl. ferner Birchmeier N 3a zu Art. 54 OG, N 1 zu Art. 70 OG; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, S. 507; Nikisch S. 463; Rosenberg/Schwab S. 757; Sträuli/Messmer N 1 zu § 260 ZPO.
- 2) So z.B. ZH §§ 260, 275, 286, 294 ZPO, NW § 224 ZPO
- 3) So z.B. Art. 54 Abs. 2, 70 Abs. 1 OG, OW Art. 262 Abs. 3 ZPO, SO § 291 ZPO, SH Art. 344 ZPO, AI Art. 264 ZPO, TG § 282 Abs. 4 ZPO, VS Art. 273 ZPO
- 4) So z.B. Art. 70 Abs. 2 OG, FR Art. 299 ZPO
- 5) Dazu unten S. 17

- b) Der Suspensiveffekt kann nur einem eingelegten Rechtsmittel zukommen. Die Tatsache, dass die Rechtskraft bei der Zulässigkeit gewisser Rechtsmittel erst mit dem unbenützten Ablauf der Rechtsmittelfrist eintritt, hängt also nicht vom Suspensiveffekt ab.¹⁾
- c) Der Suspensiveffekt hemmt den Eintritt der Wirkungen des angefochtenen Entscheides. Die Formulierung, dass Rechtskraft und/oder Vollstreckbarkeit gehemmt würden, ist zu eng. Sie würde in einigen Fällen dazu führen, dass der Suspensiveffekt ohne praktische Auswirkungen bliebe. Dafür ist kein Grund ersichtlich.²⁾

Der Suspensiveffekt ist also eine Eigenschaft, die Rechtsmitteln im materiellen Sinne vom Gesetz beigelegt werden kann und die darin besteht, dass durch die Einlegung des Rechtsmittels der Eintritt der Wirkungen des angefochtenen Entscheides gehemmt wird.

2. Abgrenzung zu den vorsorglichen Massnahmen

Suspensiveffekt und vorsorgliche Massnahmen sind Institute ähnlicher Art.³⁾ Es drängt sich daher eine Abgrenzung auf.

Allgemein gesagt, besteht der Zweck der vorsorglichen Massnahme darin, vor Eintritt der Rechtskraft des Endurteils vorläufigen

1) Vgl. dazu unten S. 85

2) Vgl. dazu unten S. 88, 94 ff.

3) Vgl. etwa Baur S. 9 ff., der – wie Leipold S. 38 ff. – die Suspensivwirkung als Massnahme des einstweiligen Rechtsschutzes auffasst und unterteilt in vor- und nachgeschalteten einstweiligen Rechtsschutz. Vorsorgliche Massnahmen gehörten damit zum vorgeschalteten, der Suspensiveffekt zum nachgeschalteten einstweiligen Rechtsschutz.

Nicht als Massnahme des einstweiligen Rechtsschutzes, sondern als "Institut zur Weiterführung des Verfahrens" betrachtet den Suspensiveffekt Meier, Einstweiliger Rechtsschutz, 1. Teil 5. Kap. § 4. Jedoch steht man gemäss Meier "bei Beantwortung der Fragen im Zusammenhang mit der Suspensivwirkung vor gleichen oder ähnlichen Problemen ... wie sie im einstweiligen Rechtsschutz vorhanden sind."

Rechtsschutz zu gewähren.¹⁾ Dieser vorläufige Rechtsschutz kann sich auf zwei Arten präsentieren: zum einen geht es um die Sicherung der künftigen Vollstreckung des Urteils (Sicherungsfunktion), zum anderen um die Herstellung einer vorläufigen Ordnung für die Prozessdauer (Regelungsfunktion)²⁾. Ersteres kommt in Frage, wenn es z. B. bei einer Vindikationsklage auf Herausgabe eines Bildes darum geht, sicherzustellen, dass das Bild im Falle einer Klagegutheissung dem Kläger auch wirklich noch ausgehändigt werden kann (z. B. mittels einer Beschlagnahme³⁾), letzteres dann, wenn der Prozess einer tiefgreifenden Aenderung der Rechtslage dient und für die Prozessdauer einen modus vivendi anzuordnen angezeigt ist⁴⁾.

In zeitlicher Hinsicht kann eine vorsorgliche Massnahme sowohl vor Prozessbeginn, d. h. vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage⁵⁾, als auch erst während des Prozesses angeordnet werden⁶⁾. Sie dauert längstens bis zum Zeitpunkt des Eintrittes der Rechtskraft des Endurteils⁷⁾.

Der Suspensiveffekt hat zum Ziel, zu verhindern, dass Wirkungen eines schon ausgefallten Entscheides eintreten, wenn dieser Entscheid angefochten wurde. Soweit es um eine Hemmung der Vollstreckbarkeit geht, soll verhindert werden, dass eine nicht oder nur schwer wieder rückgängig zu machende Vollstreckung möglich wird. Man kann also auch hier von einer Sicherungsfunktion sprechen. Diese ist jedoch anders gelagert als bei der vorsorglichen Mass-

1) Guldener S. 574; Walder S. 361

2) Baur S. 1 f.; Blomeyer, Erkenntnisverfahren, S. 661 ff.; Graner S. 10 f.; Guldener S. 574 ff.; Hasenböhler, BJM 1976, S. 1 ff.; Stamm S. 12 f.; Uebe S. 1 f.; Walder S. 361 ff.

3) §§ 223 Ziff. 2 i. V. m. 222 Ziff. 3 ZPO

4) Beispiele bei Guldener S. 576

5) § 222 Ziff. 3 ZPO, vgl. auch § 228 ZPO

6) § 110 ZPO; Sträuli/Messmer N 6 zu § 110 ZPO

7) § 110 Abs. 3 ZPO; Guldener S. 583; Sträuli/Messmer N 29 zu § 110 ZPO

nahme: während es bei jener um eine Sicherung der künftigen Vollstreckung geht, bedeutet diese eine Sicherung vor der Vollstreckung. In beiden Fällen geht es darum, Irreversibles zu verhindern, jedoch gewissermassen mit umgekehrten Vorzeichen. Dabei schliessen sich jedoch die Zwecke der vorsorglichen Massnahmen und des Suspensiv-effektes gegenseitig nicht aus. Wird z. B. mittels vorsorglicher Massnahme die Beschlagnahme einer Sache angeordnet, so steht das einer Hemmung der Vollstreckung eines klageguteissenden Entscheides nicht entgegen. Es führt dies im Resultat dazu, dass die Sache unter Beschlag bleibt und dem Kläger nicht herausgegeben werden darf.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass der Suspensiv-effekt mit einer schon vorhandenen gerichtlichen Entscheidung im Zusammenhang steht, während die vorsorgliche Massnahme von einer solchen unabhängig ist¹⁾. Das führt bei letzterer zu einer grösseren Freiheit bezüglich des Inhalts der Anordnung, als sie beim Suspensiveffekt besteht. Während der Massnahmerichter die Wahl unter verschiedenen in Frage kommenden Massnahmen hat, ist der mit dem Suspensiveffekt befasste Richter grundsätzlich auf die Alternative Ja oder Nein beschränkt. Auf die Folgen, die sich an ein allfälliges Ja knüpfen, hat er nur beschränkt Einfluss.

Schliesslich gehört der Suspensiveffekt begriffsnotwendig zu den Rechtsmitteln, er ist eine Rechtsmitteleigenschaft. Völlig anders die vorsorgliche Massnahme, die in jedem Stadium und sogar vor Einleitung des Prozesses angeordnet werden kann.

1) Es ist dies der Ansatzpunkt, der Baur (S. 9 ff.) zur Unterscheidung von vor- und nachgeschalteten einstweiligen Rechtsschutz führt.

II Die formelle Rechtskraft

Gemäss praktisch einhelliger Lehre bedeutet der Suspensiv-effekt eine Hemmung der Rechtskraft.¹⁾ In erster Linie ist damit die formelle Rechtskraft gemeint. Es erweist sich damit als notwendig, den Begriff der formellen Rechtskraft zu untersuchen.

1. Die herrschende Lehre

Die Rechtskraft ist Verbindlichkeit des Urteils²⁾. Sie ist erforderlich, um im Interesse des Rechtsfriedens dem Prozess ein definitives Ende zu setzen, ein für allemal Recht zu schaffen. Man unterteilt diese Rechtskraft in zwei Unterbegriffe: die formelle und die materielle Rechtskraft. Letztere ist "die Verbindlichkeit eines Urteils für spätere Prozesse der durch die Rechtskraft betroffenen Personen".³⁾ Sie interessiert an dieser Stelle nicht unmittelbar.

Die formelle Rechtskraft wird definiert als relative Unabänderlichkeit einer Entscheidung.⁴⁾ Nur relativ ist diese Unabänderlichkeit deshalb, weil auch gegen ein rechtskräftiges Urteil gewisse Rechtsmittel noch zulässig sind, die doch noch zu einer Aenderung des Entscheides führen können. Um also zu wissen, wann der Zustand relativer Unabänderlichkeit erreicht ist, ist es notwendig, den Begriff "relativ" näher zu umschreiben. Das geschieht dadurch, dass man sagt, ein Urteil sei dann relativ unabänderlich, wenn keine ordentlichen Rechtsmittel mehr zulässig sind.⁵⁾ Formelle Rechtskraft ist demnach Unabänderlichkeit mittels ordentlicher Rechtsmittel.

1) Vgl. oben S. 2 Anm. 1

2) Guldener S. 361; Walder S. 259

3) Guldener S. 364; Walder S. 261

4) Guldener S. 362

5) Guldener S. 362; Walder S. 259; Habscheid SJZ 74 S. 201/2

2. Kritik der herrschenden Lehre ¹⁾

Terminologisch ist zunächst zu bemerken, dass das Wort "Unabänderlichkeit" besser durch "Unanfechtbarkeit" ersetzt würde. Die formelle Rechtskraft bezieht sich nämlich auf die Frage der Bestandessicherheit einer Entscheidung nur im Hinblick auf die Rechtsmittel. Die Abänderlichkeit oder Unabänderlichkeit der Entscheide durch das Gericht selber – z.B. in Form einer Wiedererwägung – ist dagegen nicht eine Frage der Rechtskraft. So kann das Gericht gewisse formell rechtskräftige Entscheide von sich aus doch noch abändern, ohne durch die Rechtskraft daran gehindert zu sein. Umgekehrt können auch noch nicht rechtskräftige Entscheide in dem Sinne unabänderlich sein, dass das Gericht nicht mehr auf sie zurückkommen darf (*lata sententia iudex desinit iudex esse*). ²⁾

Kann also von Rechtskraft nur im Hinblick auf die Unabänderlichkeit eines Entscheides auf Rechtsmittel hin die Rede sein, so erscheint es genauer, von Unanfechtbarkeit zu sprechen. ³⁾

Gewichtiger ist aber die zweite Kritik, die am Begriff der herrschenden Lehre geübt werden muss. Gemäss dieser ist formelle Rechtskraft Unanfechtbarkeit eines Entscheides mit ordentlichen Rechtsmitteln.

Damit ist aber solange wenig gewonnen, als nicht gesagt wird, was ein "ordentliches Rechtsmittel" ist. Gemäss offenbar einhelliger Lehre sind dies Rechtsmittel, die sich gegen noch nicht in Rechtskraft erwachsene Entscheide richten und den Eintritt der Rechtskraft hemmen. ⁴⁾ Setzt man nun an die Stelle des Ausdruckes "formelle

1) Vgl. dazu Gilles S. 160 ff.

2) Vgl. dazu Guldener S. 362 ff.

3) So die deutsche Lehre: Blomeyer, Erkenntnisverfahren, S. 438; Nikisch S. 398; Rosenberg/Schwab S. 856; Zeiss S. 220
Vgl. auch Hagenbüchle S. 43 f.

4) Guldener S. 485; ders., Nichtigkeitsbeschwerde, S. 182; Walder S. 424 f.; Kummer, Grundriss, S. 187; Sträuli/Messmer N 1 zu § 190 ZPO

Rechtskraft" denjenigen der "Unanfechtbarkeit mit ordentlichen Rechtsmitteln", so ändert sich am Begriffsinhalt nichts¹⁾. Mit anderen Worten: die formelle Rechtskraft wird definiert als "Unanfechtbarkeit eines Entscheides (genus proximum), die ihren Grund hat in der Unzulässigkeit ordentlicher Rechtsmittel (differentia specifica)". Dies ist an sich eine logisch korrekte Definition. Sie sagt aber solange nichts aus, als nicht bekannt ist, was ordentliche Rechtsmittel sind. Diese aber sind nun solche, die den Eintritt der formellen Rechtskraft verhindern und gerichtet sind gegen Entscheide, die noch nicht in formelle Rechtskraft erwachsen sind. Auch das an sich eine korrekte Definition.

Betrachtet man nun diese beiden Definitionen im Zusammenhang, so zeigt sich folgendes: Das Definiendum der ersten Definition erscheint in der zweiten als Definiens, das Definiens der ersten als Definiendum der zweiten: mithin ein klassischer "circulum in definiendum".²⁾ Danach wäre also formelle Rechtskraft Unanfechtbarkeit einer Entscheidung wegen Unzulässigkeit von Rechtsmitteln gegen noch nicht formell rechtskräftige Entscheide, oder umgekehrt wären ordentliche Rechtsmittel solche gegen Entscheide, gegen die noch ordentliche Rechtsmittel zulässig sind. Auf diese Weise kann also die formelle Rechtskraft nicht definiert werden. Als untauglich erweist sich die Definition des ordentlichen Rechtsmittels mit dem Merkmal der Rechtskraft.

Birchmeier definiert anders: "Ordentlich ist ein kt. Rechtsmittel, wenn es Suspensiv- und Devolutiveffekt besitzt..."³⁾ Unter Devolutiveffekt versteht er dabei eine inhaltliche Prüfung des Entscheides. Diese brauche nicht umfassend zu sein, sondern es genüge, wenn "die obere kt. Instanz eine revisio in jure vornimmt, d.h. dass

1) Vgl. Gilles S. 162/163, wo von begrifflicher Abhängigkeit die Rede ist.

2) So auch Hagenbüchle S. 7 f.; vgl. Gilles S. 163

3) Birchmeier N 3 b zu Art. 48 OG

eine von formalen Voraussetzungen unabhängige Ueberprüfung wegen mangelhafter oder unrichtiger Anwendung materiellen Rechts eintritt." Damit verwechselt er zunächst die Einteilung der Rechtsmittel in devolutive bzw. nicht devolutive und vollkommene bzw. unvollkommene.¹⁾ Gemeint ist letzteres. Ordentlich ist demnach ein Rechtsmittel dann, wenn es einerseits Suspensiveffekt aufweist und andererseits die Kognitionsbefugnis mindestens eine Ueberprüfung der Anwendung des materiellen Rechts erlaubt.

3. Versuch einer Neufassung der Definition

Formelle Rechtskraft ist Unanfechtbarkeit von Entscheiden mit gewissen Rechtsmitteln. Will man herausfinden, welche Rechtsmittel den Eintritt der Rechtskraft hindern und welche nicht, so sind zwei grundsätzliche, gegenläufige Interessen zu beachten. Das eine ist jenes nach möglichst schneller Herstellung des Rechtsfriedens. Folgte man allein diesem, so müsste jeder Entscheid mit Ausfällung rechtskräftig werden. Dass dem nicht so sein kann, folgt daraus, dass ein Interesse an einer richtigen Entscheidung besteht. Dieses führt erstens dazu, dass Rechtsmittel zugelassen werden, und legt zweitens nahe, dass ein Entscheid, dessen Richtigkeit infolge hängiger Rechtsmittel noch nicht feststeht, keine Wirkungen haben soll. Danach würde ein Entscheid, solange irgend ein Rechtsmittel zulässig ist, noch nicht rechtskräftig. Zwischen diesen gegenläufigen Interessen muss ein Ausgleich gefunden werden. Mithin verlangt man keine absolute, sondern nur eine relative Bestandessicherheit, um einem Entscheid die formelle Rechtskraft zuzuerkennen. Konkret bedeutet das, dass nur bei Zulässigkeit der Rechtsmittel, die dem "aktmässigen Bestand"²⁾ des Entscheides einigermaßen erheblich gefährlich zu werden geeignet sind, die Rechtskraft nicht eintritt.

1) Vgl. Guldener S. 484

2) Habscheid SJZ 74 S. 202

Rechtsmittel dagegen, die dem Entscheid weniger "gefährlich" sind, verhindern den Eintritt der Rechtskraft nicht. Rechtskräftig wird ein Entscheid demnach dann, wenn keine Rechtsmittel mehr zulässig sind, die für die Bestandessicherheit tendenziell eine einigermaßen erhebliche Gefahr bedeuten. Die Frage, ob ein bestimmtes Rechtsmittel eine solche Gefahr bedeutet oder nicht, ist nun auch massgebend für die Frage, ob einem Rechtsmittel automatischer Suspensiv-effekt beigelegt werden soll.¹⁾ Damit ist eine Verbindung zwischen den "ordentlichen", d.h. rechtskrafthindernden und den suspensiven Rechtsmitteln hergestellt, und es liegt nun nahe zu sagen, ein Rechtsmittel sei dann ein rechtskrafthinderndes, wenn es automatischen Suspensiveffekt aufweist. Formelle Rechtskraft wäre demnach Unanfechtbarkeit mit suspensiven²⁾ Rechtsmitteln³⁾. Suspensiv ist ein Rechtsmittel dann, wenn das Gesetz ihm diese Eigenschaft verleiht.

1) Vgl. dazu unten S. 24 f.

2) Mit "suspensiv" sind nur jene Rechtsmittel gemeint, deren Suspensiveffekt automatisch eintritt.

3) So OW Art. 196 ZPO, SO § 209 ZPO und SH Art. 261 ZPO, SG Art. 192 ZPO

Vgl. auch Hagenbüchle S. 42, wonach jene Rechtsmittel als "ordentlich" aufzufassen sind, die gesetzlichen, d.h. automatischen Suspensiveffekt haben. Dagegen scheint Hagenbüchle (S. 8) der Ansicht zu sein, auch diese Definition der formellen Rechtskraft mit den suspensiven Rechtsmitteln beinhalte einen Zirkelschluss: "Man wird also weiterhin die formelle Rechtskraft als Unanfechtbarkeit durch ordentliche Rechtsmittel charakterisieren, darf dann aber die ordentlichen Rechtsmittel nicht mit ihrer Eigenart des Suspensiveffektes definieren, sondern nur so, dass der Begriff der formellen Rechtskraft nicht in der Definition vorkommt." Letztere Bedingung ist aber gemäss der hier vertretenen Ansicht erfüllt, denn der Suspensiveffekt wird nicht mit "Hemmung der Rechtskraft", sondern mit "Hemmung der Entscheidungswirkungen" definiert (vgl. oben S. 3). Wenn im Laufe dieser Arbeit dennoch von Hemmung der Rechtskraft durch den Suspensiveffekt die Rede sein wird, so bedeutet das keinen Widerspruch. Die Rechtskraft wird nämlich gehemmt, denn so lange ein suspensives Rechtsmittel zulässig ist, kann sie nicht eintreten. Jedoch ist nicht dies, sondern die Hemmung der Entscheidungswirkungen begriffswesentlich.

Suspensiveeffekt aber ist nun nicht Hemmung der formellen Rechtskraft – die würde wiederum zu einem Zirkelschluss führen –, sondern Hemmung der Entscheidungswirkungen.

Der Begriff der ordentlichen Rechtsmittel erweist sich damit für die Definition der formellen Rechtskraft als entbehrlich, weil er, wollte man ihn verwenden, m.E. mit jenem der suspensiven definiert werden müsste. Statt zu sagen, die Rechtskraft trete beim Fehlen ordentlicher Rechtsmittel ein, wobei jene solche sind, die Suspensiveffekt aufweisen, zieht man besser direkt den Begriff des suspensiven Rechtsmittels heran. Dann aber ist es möglich, den in der herrschenden Lehre verwendeten Begriff des ordentlichen Rechtsmittels beizubehalten, jedoch nicht zur Definition der formellen Rechtskraft.

Schliesslich bleibt mit Gilles¹⁾ zu bemerken, dass die formelle Rechtskraft keine Entscheidungswirkung ist. Vielmehr beschreibt sie lediglich einen Zustand der Bestandessicherheit eines Entscheides, eben den Zustand nämlich, den die Gesetze in der Regel voraussetzen um die Entscheidungswirkungen (u.a. die Vollstreckbarkeit) eintreten zu lassen.

III Die Vollstreckbarkeit

Ebenso wie die Rechtskraft wird auch die Vollstreckbarkeit vom Gesetz als Gegenstand der Suspensivwirkung aufgeführt²⁾.

Vollstreckbarkeit ist die Bezeichnung für den Zustand, in dem die Vollstreckung zulässig ist. Demgemäss ist zuerst der Begriff der Vollstreckung festzuhalten und sodann ist zu fragen, unter welchen Voraussetzungen diese zulässig ist.

Die Vollstreckung zeichnet sich durch folgende Merkmale aus:

1) Gilles S. 160/61, Nikisch S. 398

2) §§ 260, 275, 286, 294 ZPO

sie ist zunächst eine Handlung: es wird etwas manu militari durchgesetzt. Dies steht im Gegensatz zu einem Urteil, das einen Ausspruch macht ¹⁾. Dieses Handeln geschieht durch staatliche Organe ²⁾ und hält sich an ein speziell dafür vorgesehenes Verfahren ³⁾. Die Vollstreckung hat zum Ziel, etwas gegen den Willen ihres Adressaten durchzusetzen ⁴⁾.

Der Eintritt der Vollstreckbarkeit hängt nach den meisten Gesetzen vom Eintritt der Rechtskraft ab ⁵⁾. Zudem ist erforderlich, dass der in Frage stehende Entscheid einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat. ⁶⁾ Das trifft wohl nur auf Leistungsbefehle (auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen) zu ⁷⁾. Nicht vollstreckbar sind dagegen Feststellungs- und Gestaltungsurteile ⁸⁾ sowie gewisse prozessleitende Entscheide. Wurde z.B. eine Klagefrist angesetzt und für den Fall ihres unbenützten Ablaufens das Dahinfallen einer angeordneten vorsorglichen Massnahme angedroht ⁹⁾, so stellt letzteres keine Vollstreckung dar. Die Auferlegung einer Prozess- oder Barkaution ¹⁰⁾ hat zur Folge, dass, wird dieselbe nicht rechtzeitig geleistet, auf die Klage oder das Rechtsmittel nicht eingetreten wird ¹¹⁾ bzw. Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden

1) Burckhardt, Einführung S. 135, vgl. auch Guldener S. 623: "tatsächlichen Zustand herstellen".

2) Burckhardt, Einführung S. 164, Riffel S. 1

3) Für die Vollstreckung von Geldforderungen regelt das SchKG das Verfahren, im Kanton Zürich ist das Befehlsverfahren vorgesehen (§ 222 Ziff. 1 ZPO).

4) Riffel S. 1, Rosenberg/Schwab S. 857

5) Z.B. § 300 ZPO, vgl. Guldener S. 617

6) Guldener S. 207, 211, 213; Mayer S. 133

7) Guldener S. 207

8) Guldener S. 211, 213; Haubensak S. 5, 12; Rosenberg/Schwab S. 857, Walder S. 245 f.

9) § 228 ZPO

10) §§ 73 ff., 83 ZPO

11) § 80 Abs. 1 ZPO

angenommen wird¹⁾ oder die begehrte Handlung unterbleibt²⁾. Dies stellt keine Vollstreckung dar. Die Wiederherstellung einer Frist³⁾ bedeutet, dass z.B. eine Prozesshandlung einer Partei trotz Versäumen einer Frist als rechtzeitig entgegengenommen wird, der Entscheid über die Zuständigkeit eines Gerichtes stellt die diesbezügliche Rechtslage fest. Darin liegt nichts, was vollstreckt werden könnte. Die Aufhebung eines vorsorglichen Verbotes⁴⁾ schliesslich hat Dahinfallen des Verbotes zur Folge. Auch daran ist in der Regel nichts Vollstreckbares zu finden, es sei denn, derjenige, der das Verbot verlangt hatte, müsse nun – nach Wegfallen des Verbotes – zur Duldung von Handlungen der Gegenpartei gezwungen werden.

1) §§ 80 Abs. 2, 130 ZPO

2) § 83 Abs. 1 ZPO

3) § 199 GVG

4) § 229 ZPO

§ 2 RECHTSMITTEL, DIE SUSPENSIVEFFEKT HABEN KOENNEN

Von Suspensiveffekt ist in Gesetz und Lehre ^{1), 2)} nur bei den Rechtsmitteln der Berufung, des Rekurses, der Nichtigkeitsbeschwerde und der Revision die Rede. Es sind dies jene Rechtsbehelfe, die normalerweise als Rechtsmittel bezeichnet werden. Nun gibt es aber weitere Rechtsbehelfe, die – mittelbar oder unmittelbar – einer Abänderung eines gerichtlichen Entscheides dienen ³⁾. Es stellt sich die Frage, ob auch diese einen Suspensiveffekt aufweisen können.

Zu diesem Zwecke ist zuerst der Begriff der Rechtsmittel (im technischen Sinn) festzuhalten und sodann sind die einzelnen Rechtsbehelfe zu untersuchen, ob sie unter diesen Begriff fallen oder nicht. Damit ist dann die Grundlage für die Beantwortung der gestellten Frage geschaffen.

I Der Begriff des Rechtsmittels

Nicht jeder Rechtsbehelf ist ein Rechtsmittel. Rechtsmittel in diesem technischen Sinne sind – um zuerst einen formalen Begriff zu nennen – nur jene Rechtsbehelfe, die die einzelnen Prozessgesetze in einem speziellen Abschnitt aufführen ⁴⁾: Berufung, Rekurs, Nichtigkeitsbeschwerde und Revision. Sucht man darüber hinaus nach inhaltlichen Kriterien, so findet man die folgenden:

- Das Rechtsmittel ist ein prozessualer Rechtsbehelf ⁵⁾.

1) §§ 260, 275, 286, 294 ZPO

2) Guldener S. 486; Walder S. 429 bei Anm. 14, 434 bei Anm. 42, 438 bei Anm. 70

3) Erläuterung (§§ 162 ff. GVG), Berichtigung (§ 166 GVG), Einsprache (§§ 110 Abs. 2, 224 Abs. 2, 305 ZPO; §§ 122 Abs. 3, 123 GVG), Wiedererwägungsgesuch, Aufsichtsbeschwerde (§§ 108 ff. GVG), (Frist-) Wiederherstellungsgesuch (§§ 199 f. GVG)

4) Guldener S. 475; Helberg S. 3

5) Zweifel S. 3

- Es dient der Anfechtung richterlicher Entscheide
- mit dem Ziel, diese abzuändern oder aufzuheben¹⁾.
- Rechtsmittel werden vom Gesetz zur Verfügung gestellt²⁾.
- Das Rechtsmittel gibt den Parteien einen Anspruch auf eine Ueberprüfung der angefochtenen Entscheidung, d. h. das Gericht ist verpflichtet, ein erhobenes Rechtsmittel zu beurteilen³⁾.

II Die einzelnen Rechtsmittel

Rechtsmittel sind die im V. Teil der ZPO aufgeführten Rechtsbehelfe⁴⁾. Auf sie passen sowohl die formale Definition als auch alle inhaltlichen Merkmale. Es sind dies Berufung, Rekurs, Nichtigkeitsbeschwerde und Revision.

Keine Rechtsmittel sind – soweit man zunächst aufgrund der formalen Definition urteilt – die anderen in Frage stehenden Rechtsbehelfe: Erläuterung, Berichtigung, Einsprache, Wiedererwägungsgesuch, Aufsichtsbeschwerde und Wiederherstellungsgesuch. Sie sind nicht im V. Teil der ZPO geregelt⁵⁾.

Ihnen fehlen auch gewisse inhaltliche Merkmale des Rechtsmittelbegriffs. Die Erläuterung dient nicht zur Anfechtung eines gerichtlichen Entscheides, indem nicht eine eigentliche Aenderung verlangt wird, sondern bloss eine "authentische Interpretation"⁶⁾. Aehnlich die Berichtigung, die die Behebung "offenkundiger Versehen" zum Ziele hat⁷⁾. Beim Wiedererwägungsgesuch fehlt es am Anspruch auf

1) Guldener S. 474; Hauser/Hauser N 4 zu § 48 aGVG; Helberg S. 3; Zweifel S. 3

2) Guldener S. 474; Günthard S. 37

3) Günthard S. 37

4) §§ 259 ff. ZPO

5) Vgl. oben S. 14 Anm. 4

6) Hauser/Hauser N 4 zu § 48 aGVG, N 1 zu § 176 aGVG

7) § 166 GVG

Beurteilung¹⁾, die Aufsichtsbeschwerde bezweckt nicht – zumindest nicht direkt – eine Aenderung eines gerichtlichen Entscheides²⁾. Das Wiederherstellungsgesuch dient schliesslich nicht eigentlich der Anfechtung eines gerichtlichen Entscheides, sondern kommt nur während, nicht auch nach Abschluss des Verfahrens zum Zuge³⁾; zudem besteht nicht in allen Fällen ein Anspruch auf Beurteilung insofern, als die Zustimmung der Gegenpartei nötig sein kann⁴⁾.

Weniger klar liegen die Dinge bei der Einsprache. Sie nämlich erfüllt sämtliche Kriterien des Rechtsmittelbegriffes. Insbesondere dient sie zur Anfechtung richterlicher Entscheide mit dem Ziel, diese abzuändern oder aufzuheben. Wird gegen eine Präsidialverfügung⁵⁾ bzw. gegen eine superprovisorische oder provisorische Verfügung⁶⁾ Einsprache erhoben, so ist nicht ersichtlich, was nebst einer Aenderung der Verfügung erreicht werden soll. Daran ändert nichts, dass im Falle der superprovisorischen und provisorischen Verfügung die Einsprache der Wahrung des rechtlichen Gehörs der Gegenpartei dient⁷⁾, denn auch in diesem Fall wird die Gegenpartei nur dann Einsprache erheben, wenn sie eine Aenderung des Entscheides erreichen will. Gleiches gilt für die Einsprache nach § 122 Abs. 3 GVG.

Sodann ist das Gericht auch verpflichtet, auf eine Einsprache einzutreten, die Parteien haben einen Anspruch auf ihre Beurteilung⁸⁾. Dass dies nicht anders sein kann, ergibt sich schon daraus, dass die

1) Vgl. auch Hauser/Hauser N 4 zu § 48 aGVG

2) Hauser/Hauser N 4 zu § 48 aGVG, N 1 II + III 3. zu § 132 aGVG

3) Hauser/Hauser N 4 zu § 48 aGVG, N 1 I zu § 221 aGVG; ZR 76 Nr. 10

4) § 199 Abs. 1 GVG

5) § 122 Abs. 3 GVG

6) §§ 110 Abs. 2, 224 Abs. 2 ZPO

7) Vgl. Sträuli/Messmer N 4 zu § 224 ZPO

8) Vgl. etwa 55 Nr. 96: "... durch Einsprache beim Gericht angefochten werden kann, das alsdann über die Sache beschliessen muss."

Behandlung der Einsprache Voraussetzung der Zulässigkeit des Rekurses ist ¹⁾; Das Gericht kann es nicht in der Hand haben, durch willkürliches Nichteintreten auf die Einsprache den Rekurs abzuschneiden.

Nach materiellen Merkmalen betrachtet müsste die Einsprache also ein Rechtsmittel sein ²⁾. Stellt man dagegen auf den genannten formalen Begriff ab, so ist sie keines ³⁾. Es liesse sich also neben dem normalen Rechtsmittelbegriff – der formeller Rechtsmittelbegriff genannt werden kann – ein materieller Rechtsmittelbegriff einführen. Rechtsmittel im formellen Sinne ⁴⁾ sind demnach jene, die die Gesetze in einem speziellen Abschnitt aufzählen. Diese sind gleichzeitig Rechtsmittel im materiellen Sinne, wobei dieser letztere Begriff jedoch weiter ist und zusätzlich jene Rechtsbehelfe umfasst, die zwar nicht im Gesetz unter den Rechtsmitteln erscheinen, aber doch alle materiellen Merkmale erfüllen.

III Der Suspensiveffekt

1. Zu untersuchen ist nun, ob die Aussage, von einem Suspensiveffekt könne nur mit Bezug auf ein Rechtsmittel (im technischen Sinne), nicht auch bei den übrigen Rechtsbehelfen die Rede sein ⁵⁾, zutrifft. Dabei geht es zunächst darum, festzustellen, ob denn bei diesen anderen Rechtsbehelfen eine aufschiebende Wirkung überhaupt einen Sinn hätte. Zu diesem Zweck ist jeder Rechtsbehelf gesondert zu betrachten:

1) Vgl. § 271 Abs. 2 ZPO

2) Vgl. Caliezi S. 46 f., ZR 52 Nr. 192

3) Vgl. Caliezi S. 45

4) Ist im folgenden von Rechtsmitteln im technischen Sinne die Rede, so sind diese gemeint.

5) So offenbar ZR 76 Nr. 10

a) Erläuterung und Berichtigung

Ein Entscheid kann erst Wirkungen entfalten, wenn er von Widersprüchen frei und eindeutig ist¹⁾. Insbesondere kann ein widersprüchlicher oder unklarer Entscheid nicht vollstreckt werden²⁾, sondern bedarf erst der Erläuterung. Kann also ein erläuterungsbedürftiger Entscheid ohnehin nicht vollstreckt werden bzw. – allgemeiner – Wirkungen entfalten, so besteht auch kein Bedürfnis nach einem Suspensiveffekt.

Für die Berichtigung als einem der Erläuterung verwandten Rechtsbehelf gilt dasselbe.

b) Einsprache

Die Einsprache ist gegeben gegen die Anordnung vorsorglicher Massnahmen³⁾, im Vollstreckungsverfahren zur Geltendmachung der Rechte Dritter⁴⁾ sowie gegen Präsidialverfügungen, mit denen über Prozesskautionen, aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln oder Abschreibung des Prozesses aufgrund einer Parteierklärung entschieden wird⁵⁾.

Die Einsprache gegen die Anordnung vorsorglicher Massnahmen kann eine Bedeutung haben für die Frage nach deren Vollstreckbarkeit. Während eine superprovisorische Verfügung gemäss § 110 Abs. 2 ZPO unbekümmert um die Einsprachemöglichkeit sofort vollstreckbar wird⁶⁾, kann ein provisorischer Befehl oder ein provisorisches Verbot gemäss § 224 ZPO erst dann vollstreckbar werden, nachdem entweder die Einsprachefrist unbenutzt abgelaufen ist oder die Einsprache verworfen wurde⁷⁾. Dies letztere kann als aufschie-

1) Vgl. Guldener S. 535

2) Haubensak S. 76 f.

3) §§ 110 Abs. 2, 224 Abs. 2 ZPO

4) § 305 ZPO

5) § 122 Abs. 3 GVG

6) Sträuli/Messmer N 35 zu § 110 ZPO

7) Sträuli/Messmer N 7 zu § 224 ZPO

bende Wirkung der Einsprache aufgefasst werden.

Erhebt im Vollstreckungsverfahren ein Dritter Einsprache, so kann der Richter "die vorläufige Einstellung der Vollstreckung anordnen" ¹⁾. Es kommt dies einer Suspensivwirkung der Einsprache zumindest nahe.

Schliesslich kann gegen Entscheide über Prozesskautionen, aufschiebende Wirkung und Abschreibung des Prozesses aufgrund einer Parteierklärung Einsprache erhoben werden ²⁾. Was die Prozesskaution betrifft, kann nicht gesagt werden, eine aufschiebende Wirkung der Einsprache wäre sinnlos. Hat der Präsident die Kautionspflicht festgestellt und eine Kautionsleistung in bestimmter Höhe verlangt, so würde mit einer aufschiebenden Wirkung der Einsprache erreicht, dass trotz Nichtleisten der Kaution die Säumnisfolgen ³⁾ noch nicht eintreten. Zudem dürfte gegen den Kollegialentscheid der Rekurs zulässig sein ⁴⁾, der Suspensiveffekt hat. Auch das deutet darauf hin, dass es nicht sinnlos wäre, der Einsprache aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Ähnliches gilt für die Abschreibungsbeschlüsse aufgrund einer Parteierklärung. Die Erledigung des Prozesses aufgrund von Vergleich, Klagerückzug oder Klageanerkennung erfolgt durch Beschluss oder Verfügung ⁵⁾. Dieser Abschreibungsbeschluss erwächst in formelle und materielle Rechtskraft ⁶⁾ mit der Folge, dass dann die Vollstreckbarkeit eintritt ⁷⁾. Es fragt sich nun, was zu geschehen habe, wenn der Präsident den Prozess gemäss § 122 Abs. 3 GVG durch Verfügung abschreibt. Wird diese Verfügung

1) § 305 Abs. 2 ZPO

2) § 122 Abs. 3 GVG

3) § 80 ZPO

4) Vgl. ZR 55 Nr. 96

5) § 188 Abs. 2 ZPO, vgl. auch § 122 Abs. 3 GVG

6) § 191 Abs. 2 ZPO, vgl. auch Guldener S. 397 Anm. 25 b

7) Vgl. Sträuli/Messmer N 2 zu § 300 ZPO; Walder, Prozesserledigung S. 142, 155

sofort rechtskräftig oder muss der unbenutzte Ablauf der Einsprachefrist bzw. der auf Einsprache hin ergehende Beschluss abgewartet werden? Letzteres scheint – im Hinblick auch auf die gegen den Beschluss gegebene Rekursmöglichkeit – sinnvoller. Das aber bedeutete, dass die Einsprache den Eintritt der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit hemmt.

c) Wiedererwägungsgesuch

Ein solches kommt nur da in Frage, wo der Richter über die Möglichkeit verfügt, einen erlassenen Entscheid selber zu ändern, d.h. vor allem bei prozessleitenden Entscheiden¹⁾. Hier ist es denkbar, dass ein Suspensiveffekt einen Sinn haben kann²⁾.

d) Aufsichtsbeschwerde

Dass bei dieser kein Bedürfnis nach aufschiebender Wirkung besteht, folgt schon daraus, dass nicht ein Entscheid angefochten wird in der Meinung, dieser solle abgeändert werden, sondern es um eine Rüge einer Amtspflichtverletzung durch den Richter geht mit dem Ziel, eine Disziplinar massnahme aussprechen zu lassen bzw. den Richter zu pflichtgemässer handeln zu veranlassen³⁾.

e) Wiederherstellungsgesuch

Es ist denkbar, dass ein Bedürfnis besteht, die Wirkungen eines durch ein Wiederherstellungsgesuch bedrohten Entscheides zu suspendieren. Hat z.B. der Gemeinschuldner gegen den über ihn eröffneten Konkurs rekuriert und sodann nicht innert Frist Barvorschuss geleistet⁴⁾, so hat das zur Folge, dass auf den Rekurs nicht eingetreten wird. Nun kann der Gemeinschuldner aber Wiederherstellung der Frist zur Leistung des Barvorschusses verlangen. Wird diese gewährt, so führt das doch noch zu einer Behandlung des Re-

1) Guldener S. 362 ff.; Walder S. 287

2) Vgl. S. 91 ff.

3) Guldener S. 538; Hauser/Hauser N 4 zu § 48 aGVG, N 1 II zu § 132 aGVG

4) So der Sachverhalt von ZR 76 Nr. 10

kurses mit der Konsequenz, dass der Konkurs vielleicht wieder aufgehoben wird. Sinnlos wäre es alsdann zumindest nicht, schon dem Wiederherstellungsgesuch aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, zumal diese Wirkung dem Rekurs später ohnehin zukommen kann. Ein anderes Beispiel: Es sei nach Eintritt der Rechtskraft eines bezirksgerichtlichen Urteils ein Gesuch um Wiederherstellung der Berufungsfrist gestellt. Hätte dieses Gesuch aufschiebende Wirkung, so könnte kaum die Rede davon sein, es sei diese sinnlos. Vielmehr liegt es nahe, die Vollstreckbarkeit eines Urteils zu hemmen, solange wahrscheinlich ist, dass Berufung erhoben werden wird, ansonsten die aufschiebende Wirkung der Berufung stark relativiert würde.

f) Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass es in gewissen Fällen durchaus einen praktischen Sinn hätte, auch jenen Rechtsbehelfen Suspensivwirkung zuzuerkennen, die nicht Rechtsmittel im technischen Sinne sind. Dass dieser Sinn in gewissen anderen Fällen nicht einsehbar ist, ist irrelevant, denn dies gilt gelegentlich auch für die eigentlichen Rechtsmittel.

2. Besteht bei der Einlegung von Rechtsbehelfen ein Bedürfnis nach einem Aufschub des Eintrittes der Entscheidungswirkungen, hat m. a. W. dieser Aufschub einen praktischen Sinn, so ist damit noch nicht erstellt, dass schon allein deshalb dem betreffenden Rechtsbehelf Suspensivwirkung zukommt. Fest steht nur, dass die Wirkungen des Suspensiveffektes nicht nur auf die Rechtsmittel im technischen Sinne zugeschnitten sind, sondern auch auf (gewisse) andere Rechtsbehelfe passen können.

Es fragt sich nun, ob die Rechtsmittel, verglichen mit anderen Rechtsbehelfen, Merkmale aufweisen, die es rechtfertigen, nur ihnen Suspensiveffekt zukommen zu lassen. Geht man die oben genannten inhaltlichen Merkmale des Rechtsmittelbegriffs¹⁾ durch, so stellt

1) Vgl. oben S. 14 f.

man folgendes fest:

- Suspensiveffekt kann nur einem prozessualen Rechtsbehelf zukommen, d.h. nur einem innerhalb eines Prozesses möglichen Rechtsbehelf. Ausserprozessuale Rechtsbehelfe ¹⁾ sind keiner Suspensivwirkung fähig, weil hier kein Entscheid vorliegt, dessen Wirkungen gehemmt werden könnten. Das ist selbstverständlich.
- Aufschlussreicher ist die Betrachtung des zweiten Merkmales, nach dem Rechtsmittel nur sein kann, was eine Anfechtung eines Entscheides bezweckt mit dem Ziel, diesen abändern oder aufheben zu lassen. Es lässt sich sagen, dass eine Suspensivwirkung nur bei Rechtsbehelfen gerechtfertigt ist, auf die dieses Merkmal zutrifft. Soll nämlich der Eintritt der Wirkungen eines Entscheides gehemmt werden, so setzt dies voraus, dass unsicher ist, ob es bei diesem Entscheid bleiben wird, dass m.a.W. infolge der Einlegung des Rechtsbehelfs die Möglichkeit einer Aenderung oder Aufhebung des Entscheides besteht. Wird dagegen ein Rechtsbehelf eingelegt, dessen Ziel ein anderes ist ²⁾, so verbietet es sich auch, ihm Suspensiveffekt zuzuerkennen, denn eine Aenderung des Entscheides ist von vorne herein ausgeschlossen. Alsdann ist es aber sinnvollerweise nicht mehr möglich, den Eintritt der Entscheidungswirkungen länger hinauszuschieben.

Daraus lässt sich die Erkenntnis gewinnen, dass Suspensiveffekt nur jenen Rechtsbehelfen zukommen kann, mit denen ein Entscheid angefochten wird mit dem Ziel, ihn abzuändern oder aufzuheben.

- Sodann stellt sich die Frage, ob ein Rechtsbehelf Suspensivwirkung haben könne, der den Parteien keinen Anspruch auf Ueberprüfung des angefochtenen Entscheides gibt ³⁾. In diesem Fall kann mit Sicherheit so lange keine Suspensivwirkung in Frage

1) Z.B. zivilrechtliche Einreden, Ausübung von Gestaltungsrechten etc.

2) Aufsichtsbeschwerde, Erläuterung

3) Hier ist vor allem das Wiederherstellungsgesuch zu erwähnen.

kommen, als das Gericht nicht tatsächlich auf den Rechtsbehelf eingetreten ist, weil es dann an einem wirksam erhobenen Rechtsbehelf fehlt. Dies aber muss erste Voraussetzung jedes Suspensiveffektes sein. Daraus folgt, dass diese Rechtsbehelfe grundsätzlich keinen Suspensiveffekt haben können.

Selbst dann, wenn das Gericht auf den Rechtsbehelf tatsächlich eingetreten ist, dürfte die Erteilung des Suspensiveffektes nicht in Frage kommen. Dies widerspräche dem Erfordernis der Rechtssicherheit, indem dann z. B. ein Wiedererwägungsgesuch einmal einer Suspensivwirkung fähig wäre, ein anderes Mal jedoch nicht, ohne dass dafür ein sachlicher Grund bestünde.

Aufgrund dieser Darlegungen kann nun gesagt werden, dass ein Rechtsbehelf, soll er einer Suspensivwirkung fähig sein, so ausgestaltet sein muss, dass einerseits den Parteien ein Anspruch auf Eintreten durch das Gericht zusteht – sofern es natürlich formrichtig eingelegt wurde – und andererseits der Rechtsbehelf im Falle seiner Gutheissung eine Aenderung oder Aufhebung des angefochtenen Entscheides bewirkt. Selbstverständlich ist, dass es um die Anfechtung eines richterlichen Entscheides mittels prozessualen Rechtsbehelfs gehen muss. Es müssen also sämtliche inhaltlichen Merkmale des Rechtsmittelbegriffs¹⁾ zutreffen.

Demnach sind sämtliche Rechtsmittel im materiellen Sinne²⁾ einer Suspensivwirkung fähig. Das heisst, dass nebst Berufung, Rekurs, Nichtigkeitsbeschwerde und Revision auch die Einsprache Suspensiveffekt haben kann³⁾. Keinen Suspensiveffekt können Erläuterung, Berichtigung, Wiedererwägungsgesuch, Aufsichtsbeschwerde und Wiederherstellungsgesuch⁴⁾ haben, denn bei ihnen treffen nicht

1) Vgl. oben S. 14 f.

2) Vgl. oben S. 17

3) In diesem Sinne offenbar auch Sträuli/Messmer N 7 zu § 224 ZPO

4) ZR 76 Nr. 10

alle inhaltlichen Merkmale des Rechtsmittelbegriffes zu¹⁾, sie sind keine Rechtsmittel im materiellen Sinne.

Dieses Ergebnis wird auch durch das Gesetz gestützt: nur bei den Rechtsmitteln im materiellen Sinne sieht es die Möglichkeit einer aufschiebenden Wirkung vor, ausdrücklich bei den Rechtsmitteln im formellen Sinne²⁾, dem Sinne nach bei der Einsprache³⁾.

§ 3 DER EINTRITT DES SUSPENSIVEFFEKTES

I Automatischer Eintritt

Es ist zu unterscheiden zwischen den Rechtsmitteln, bei denen der Suspensiveffekt automatisch mit der Einlegung eintritt, und jenen, wo er einer besonderen Anordnung bedarf. Erstere sind die eigentlichen suspensiven Rechtsmittel, während die anderen nicht suspensiv sind in dem Sinne, dass ihnen nur ausnahmsweise – auf besondere Anordnung hin – aufschiebende Wirkung zukommt. Im folgenden geht es zunächst um die eigentlichen suspensiven Rechtsmittel.

Bei Berufung, Rekurs und Berufung ans Bundesgericht tritt der Suspensiveffekt automatisch mit der Einlegung ein⁴⁾. Es handelt sich dabei vollumfänglich um ordentliche Rechtsmittel, um solche, die innert kurzer Frist erhoben werden müssen und, im Falle der kantonalen Berufung und des Rekurses, eine Ueberprüfung des Entscheides auf breiterster Grundlage zulassen⁵⁾. Bei der Berufung ans Bundesgericht dagegen ist die Kognition zweifach eingeschränkt: erstens

1) Vgl. oben S. 14 f.

2) §§ 260, 275, 286, 294 ZPO

3) Vgl. §§ 224 Abs. 2 + 3, 305 ZPO

4) §§ 260, 275 ZPO, Art. 54 Abs. 2 OG

5) Vgl. §§ 269 Abs. 1, 279 ZPO

kann nur die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden und zweitens sind Tatfragen einer bundesgerichtlichen Beurteilung entzogen.¹⁾

Die Tatsache, dass das Gesetz diesen Rechtsmitteln automatischen Suspensiveffekt beilegt, anderen dagegen nicht, erklärt sich aus dem Rechtsmittelcharakter. Die breite Kognition bei Berufung und Rekurs sowie das unmittelbare Anschliessen des Rechtsmittelverfahrens an das erstinstanzliche Verfahren begründen eine relativ hohe "Gefährdung" des angefochtenen Entscheides. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Rechtsmittelinstanz anders entscheidet, ist vergleichsweise gross, weil jeder Fehler, den die Vorinstanz gesetzt hat, zu einer zumindest teilweisen Gutheissung des Rechtsmittels führen kann. Daher liegt es – um mit Guldener zu sprechen – "legislatorisch nahe, das Rechtsmittel mit Suspensiveffekt auszustatten"²⁾, weil damit die Vollstreckung eines in seinem Bestande noch unsicheren Entscheides verhindert wird.

Etwas weniger naheliegend ist von dieser Grundlage her, dass die Berufung ans Bundesgericht automatischen Suspensiveffekt hat, ist doch ihr Kognitionsbereich eingeschränkt. Auch hier gilt aber, dass das Rechtsmittel relativ unmittelbar an das vorangegangene Verfahren anknüpft³⁾. Deshalb stehen einem automatischen Suspensiveffekt weniger Bedenken entgegen als bei anderen Rechtsmitteln, die noch lange Zeit nach der Fällung des Entscheides zulässig sein können: die Gefahr der Verschleppung der Vollstreckung durch Einlegen unbegründeter Rechtsmittel hält sich in absehbaren Grenzen⁴⁾. Entscheidend für die Zuerkennung eines automatischen Suspensiv-effektes dürfte die Vorstellung von der Berufung als "ordentlichem" Rechtsmittel gewesen sein.

1) Art. 43, 63-65 OG; Guldener S. 544 f.

2) Guldener S. 486

3) Die Berufungsfrist beträgt 30 Tage, Art. 54 Abs. 1 OG. Bei den erwähnten kantonalen Rechtsmitteln beträgt die Frist jedoch nur 10 Tage, §§ 261 Abs. 1, 276 Abs. 1 ZPO.

4) Vgl. Guldener S. 487

II Eintritt auf besondere Anordnung hin

1. Allgemeines

Die Nichtigkeitsbeschwerde, Revision und bundesrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde haben grundsätzlich keinen Suspensiveffekt. Dieser kann jedoch von der Rechtsmittelinstanz angeordnet werden¹⁾.

Im Falle, wo (kantonale) Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung ans Bundesgericht gleichzeitig eingelegt werden, geht jedoch der automatische Eintritt der aufschiebenden Wirkung der Berufung vor, im Kassationsverfahren bedarf es keiner Erteilung mehr²⁾.

Auch hier ist der Rechtsmittelcharakter für die getroffene Regelung massgebend. Im Gegensatz zu oben I liegen hier Rechtsmittel vor, die einerseits nur einen eingeschränkten Kognitionsbereich aufweisen und zum anderen auch während längerer Zeit nach der Ausfällung des Entscheides zulässig sein können³⁾. Letzteres allerdings ist bei der bundesrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde nicht der Fall⁴⁾. Würden diese nun automatisch mit der Einlegung Suspensiveffekt erlangen, so wäre die Gefahr der Verschleppung der Vollstreckung durch Einlegen unbegründeter Rechtsmittel gross. Das Interesse, angefochtene Entscheide nicht zu vollziehen, tritt demgegenüber in den Hintergrund.⁵⁾

1) §§ 286, 294 ZPO, Art. 70 OG

2) v. Rechenberg S. 19

3) Vgl. §§ 287 Abs. 1 Satz 2, 295 Abs. 1 ZPO

4) Art. 69 OG

5) Vgl. Guldener S. 487

2. Die Zuständigkeit zur Erteilung des Suspensiveffektes

Zuständig zum Entscheid über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist die Rechtsmittelinstanz¹⁾ und innerhalb dieser der Präsident²⁾. Bei der Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht entscheidet dessen Präsident³⁾. Der Entscheid über die Erteilung des Suspensiveffektes erfolgt m.a.W. in der Form einer Präsidialverfügung.

Hinzuweisen ist noch auf die Möglichkeit zur Einsprache gegen die Präsidialverfügung, die zur Folge hat, dass das Kollegium zu entscheiden hat⁴⁾.

3. Kriterien für die Erteilung des Suspensiveffektes

Der Richter hat nach freiem Ermessen darüber zu befinden, ob dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu erteilen sei oder nicht. Das steht zwar nicht ausdrücklich im Gesetz, folgt aber in erster Linie aus der Formulierung des § 294 ZPO: "Das Gericht kann ... aufschiebende Wirkung erteilen..." Bei der Nichtigkeitsbeschwerde lautet die Formulierung⁵⁾: "...sofern die Kassationsinstanz nichts anderes anordnet." Dies lässt keinen anderen Schluss zu, als den, dass der Richter den Entscheid nach freiem Ermessen zu fällen habe. Nach welchen Kriterien hat er nun dieses Ermessen auszuüben?

In Betracht dürften zwei grundsätzliche Kriterien kommen: zum einen die Frage nach den Erfolgsaussichten des Rechtsmittels, zum anderen nach der Schwere des Nachteils, der bei Nichterteilung des Suspensiveffektes droht.

1) Vgl. § 286 ZPO, wo von "Kassationsinstanz" die Rede ist.

2) § 122 Abs. 3 GVG

3) Art. 70 OG

4) § 122 Abs. 3 GVG; vgl. unten S. 47 ff.

5) § 286 ZPO

a) Erfolgsaussichten des Rechtsmittels

Soweit die Frage in der Literatur und Rechtsprechung überhaupt erwähnt wird, sprechen sich die schweizerischen Autoren meist in dem Sinne aus, dass die Erteilung des Suspensiveffektes von den Erfolgsaussichten des Rechtsmittels abhängig zu machen sei¹⁾. Für das deutsche Recht verneint Baur die Massgeblichkeit dieses Kriteriums²⁾, es sei einzig und allein auf die Schwere des Nachteils, den eine allfällige Vollstreckung schaffen würde, abzustellen. Baur folgert dies daraus, dass "bereits eine materiellrechtliche Prüfung des streitigen Rechtsverhältnisses stattgefunden und sich zu einer gerichtlichen Entscheidung verdichtet"³⁾ hat und daher für eine nochmalige materiellrechtliche Prüfung kein Raum sei. Es ergibt sich dies aber schon aus den Vorschriften der deutschen ZPO.

Die grundsätzliche Regelung ist eine andere als die schweizerische: Während in der Schweiz die Rede vom Suspensiveffekt eines Rechtsmittels ist, ist die Frage, ob ein noch weiterziehbares Urteil schon vollstreckbar sei, im deutschen Recht vom Institut der vorläufigen Vollstreckbarkeit beherrscht. Damit verhält es sich nun so, dass die deutsche ZPO eine genaue Aufzählung gibt, welche Urteile (von Amtes wegen) als vorläufig vollstreckbar zu erklären sind⁴⁾.

-
- 1) Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 69 führt aus: "... wenn... Nichtigkeitsbeschwerde eingereicht und dieser aufschiebende Wirkung beigelegt wird, muss damit gerechnet werden, dass der Entscheid in Wegfall kommt...". (Hervorhebung durch den Verfasser). Damit muss aber nur dann gerechnet werden, wenn bei Erteilung der Suspensivwirkung die Erfolgsaussichten der Nichtigkeitsbeschwerde positiv beurteilt wurden und davon ausgegangen werden kann, dass bei negativer Beurteilung die aufschiebende Wirkung nicht erteilt worden wäre.
Vgl. auch Hagenbüchle S. 45 f.; Thouvenin S. 205; Sträuli/Messmer N 2 zu § 286 ZPO; ZR 32 Nr. 31, wo kein Suspensiveffekt erteilt wurde, weil anzunehmen war, das Rechtsmittel werde abgewiesen; ZR 50 Nr. 219.
 - 2) Baur, einstweiliger Rechtsschutz, S. 20 f.
 - 3) Baur, einstweiliger Rechtsschutz, S. 20
 - 4) §§ 708 ff. DZPO; vorläufige Vollstreckbarkeit bildet praktisch die Regel, vgl. Gilles S. 165

Für die Frage, ob in den Fällen, in denen grundsätzlich eine Sicherheitsleistung Voraussetzung der vorläufigen Vollstreckbarkeit ist, von dieser ausnahmsweise abgesehen werden könne, werden Kriterien aufgestellt, die nichts mit den Erfolgchancen eines allfälligen Rechtsmittels zu tun haben¹⁾. Für die Bestimmung der als vorläufig vollstreckbar zu erklärenden Urteile, wie auch für den Entscheid über die Sicherheitsleistung ist es demnach unerheblich, mit welcher Wahrscheinlichkeit der in Frage stehende Entscheid umgestossen zu werden droht. Gleiches gilt, wenn es um die Frage geht, ob die vorläufige Vollstreckbarkeit ausgeschlossen werden solle: dies ist dann der Fall, wenn "die Vollstreckung des Urteils dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde"²⁾. Man kann also sagen, dass die Nichtexistenz eines Kriteriums, das sich nach den Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels richtet, im deutschen Recht eine Folge der positiven Regelung in der ZPO ist. Insofern liegen die Verhältnisse anders als in der Zürcher ZPO, aus der nichts derartiges hervorgeht.

Daraus, dass bereits eine materiellrechtliche Prüfung stattgefunden hat und eine gerichtliche Entscheidung ergangen ist, kann nicht zwingend abgeleitet werden, dass für eine Prüfung der Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels kein Raum mehr besteht. Wie es sich im deutschen Recht damit verhält, soll dabei offengelassen werden. Für das schweizerische Recht ist auszugehen von den Wirkungen, die eine Erteilung des Suspensiveffektes zeitigt. Es handelt sich dabei in erster Linie um eine Hemmung der Vollstreckbarkeit: wird einer Nichtigkeitsbeschwerde oder einer Revision die Suspensivwirkung erteilt, so kann das vorinstanzliche Urteil nicht vollstreckt werden. Obwohl nun mit diesem vorinstanzlichen Urteil eine materiellrechtliche Prüfung der Rechtslage stattgefunden hat, ist es durchaus sinn-

1) § 710 DZPO: Frage, ob der Gläubiger in der Lage sei, Sicherheit zu leisten (Thomas/Putzo Vorb. zu § 708 ff. S. 851) und die Frage der Schwere des drohenden Nachteils bei Unterlassung der Vollstreckung.

2) § 712 DZPO.

voll, als Voraussetzung der Erteilung des Suspensiveffektes (nochmals) zu prüfen, ob dieses Urteil richtig gewesen sei. Es hat nur dann einen Sinn, die Vollstreckung aufzuschieben, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass das Rechtsmittel den angefochtenen Entscheid umstossen wird, andernfalls unnötiger Verschleppung der Vollstreckung Vorschub geleistet würde. Umgekehrt ist dann aber der Aufschub der Vollstreckung sinnvollerweise auch geboten. Es soll nicht vollstreckt werden können, wenn von vorne herein eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Vollstreckung rückgängig gemacht werden muss. Soll diese Zielsetzung erreicht werden, ist eine Prüfung der Erfolgsaussichten unumgänglich.

Es kann sich dabei selbstverständlich nicht um eine umfassende Prüfung handeln; das verbietet sich schon allein aus der Erwägung, dass der Entscheid über die Erteilung der Suspensivwirkung, soll Schaden durch eine in der Zwischenzeit erfolgende Vollstreckung vermieden werden, möglichst schnell erfolgen muss. Zudem liegen der Rechtsmittelinstanz in der Regel im entscheidenden Zeitpunkt nur die Rechtsmittelschrift des Rechtsmittelklägers sowie der vorinstanzliche Entscheid vor, so dass es schon an den Grundlagen einer genaueren Prüfung fehlt. Vielmehr kann es nur um eine summarische Prüfung der Richtigkeit des angefochtenen Entscheides im Hinblick auf die Erfolgschancen des in Frage stehenden Rechtsmittels gehen. Die Prüfung hat also in zweifacher Hinsicht beschränkt zu werden: zum einen kann formell nur summarisch geprüft werden, zum anderen ist diese Prüfung inhaltlich auf jene Fragen zu beschränken, die mit dem betreffenden Rechtsmittel überhaupt gerügt werden können. Bei der Nichtigkeitsbeschwerde ist z.B. also nur zu prüfen, ob ein Nichtigkeitsgrund erfüllt sein dürfte.

b) Schwere des Nachteils

Für die Frage, ob die Erteilung des Suspensiveffektes gerechtfertigt sei, findet sich ein zweites Kriterium in einer Beurteilung der Schwere des Nachteils, den die betroffene Partei erleiden

könnte, würde der Suspensiveffekt erteilt oder nicht ¹⁾. Dieses Kriterium kann in verschiedene Teilaspekte aufgegliedert werden: erstens ist zu unterscheiden zwischen dem Nachteil, der bei Erteilung der aufschiebenden Wirkung erwächst und jenem bei Nichterteilung. Zweitens stellt sich die Frage nach der Art der in Frage kommenden Nachteile und drittens gilt es abzuklären, wann ein Nachteil als schwer einzustufen ist und wann nicht.

aa) Wird der Suspensiveffekt erteilt, so hat das eine (vorläufige) Aufschiebung der Vollstreckung zur Folge. Darin liegt ein Nachteil für den Kläger, der gehindert wird, sein Obsiegen im Prozess durchzusetzen. Umgekehrt erfährt der Beklagte einen Nachteil, wenn die Suspensivwirkung nicht erteilt wird und er leisten muss. Diese Nachteile werden nach ihrer Schwere zu beurteilen und gegeneinander abzuwägen sein ²⁾.

bb) Soweit es um Leistungsurteile geht, kann der Nachteil ein vermögenswerter oder ein persönlichkeitsbezogener sein. Es stellt einen (vermögenswerten) Nachteil dar, wenn Geld oder Sachen herausgegeben werden müssen bzw. nicht herausverlangt werden können, und ebenso stellt es einen (persönlichkeitsbezogenen) Nachteil dar, wenn z.B. ein Kind herausgegeben werden muss oder eine Gegendarstellung zu einem persönlichkeitsverletzenden Presseartikel nicht abgedruckt werden muss. Man kann also sagen, dass in jedem Fall, in dem eine irgendwie geartete Leistung in Frage steht, die Erteilung oder Nichterteilung des Suspensiveffektes mit einem Nachteil für die eine oder die andere Partei verbunden ist. Dieser Nachteil ergibt sich aus der Vollstreckbarkeit bzw. Nichtvollstreckbarkeit.

Nun gibt es aber auch Entscheide, die einer Vollstreckung nicht fähig sind, trotzdem aber Gegenstand einer Suspensivwirkung sein können ³⁾. So z.B. Feststellungs- und Gestaltungsurteile. Was die

1) Thouvenin S. 205

2) Vgl. unten cc) und dd)

3) Vgl. S. 88, 90 f., 93 ff.

ersteren anbelangt, sind nebst der Hemmung der Rechtskraft keine anderen Wirkungen des Suspensiveffektes denkbar¹⁾. Allein die Hemmung des Eintrittes der Rechtskraft kann auch einen Nachteil bedeuten. So ist es z.B. möglich, im Hinblick auf einen ziffernmässig noch nicht feststehenden Schaden vorerst auf Feststellung der grundsätzlichen Schadenersatzpflicht zu klagen, um die Gefahr der Verjährung abzuwenden²⁾. Die fehlende Rechtskraft dieses Feststellungsurteils kann nun einen Nachteil für den Kläger bedeuten, der, nachdem der genaue Betrag nun feststeht, auf Leistung klagen möchte: er kann sich nicht auf die materielle Rechtskraft des Feststellungsurteils berufen. Allgemein gesprochen bedeutet das, dass die Hemmung der Rechtskraft des Feststellungsurteils insofern einen Nachteil bedeutet, als dieses eine Vorfrage in einem nachfolgenden Prozess beschlägt. Dies allerdings ist ein Nachteil, der nur mittelbar mit der Frage des Suspensiveffektes zusammenhängt. Ob ein solcher bloss mittelbarer Nachteil hier von Bedeutung sein kann, mag bezweifelt werden, zumal der mit der Erteilung des Suspensiveffektes befasste Richter wohl kaum alle erdenklichen mittelbaren Konsequenzen seines Entscheides zu berücksichtigen in der Lage ist.

Etwas anders stellt sich die Lage bei den Gestaltungsurteilen dar: Wurde z.B. eine AG durch Gestaltungsurteil aufgelöst, so muss dem die Liquidation folgen. Ob diese eingeleitet werden kann, hängt vom Eintritt der Rechtskraft des Gestaltungsurteils ab und stellt in ihren Auswirkungen einen einer Vollstreckung ähnlichen Vorgang dar. Auch handelt es sich nicht um eine bloss mittelbare Auswirkung des Entscheides über die Erteilung des Suspensiveffektes. Hier also darf von einem Nachteil gesprochen werden, der zu berücksichtigen sein dürfte.

Schliesslich fragt es sich, ob bei den prozessleitenden Entscheidungen von einem Nachteil gesprochen werden könne. Es gibt prozess-

1) Vgl. S. 88, 90

2) Oftinger Bd. I S. 222

leitende Entscheide, die einer Vollstreckung fähig sind, und solche, bei denen das nicht zutrifft¹⁾. Bei ersteren bedeutet die Erteilung bzw. Nichterteilung einen Nachteil, wie er oben bei den Leistungsurteilen festgehalten wurde. Auch bei letzteren kann von einem Nachteil gesprochen werden. Dies leuchtet ein, wenn man folgendes Beispiel in dieser Hinsicht betrachtet: Klagefristansetzung gemäss § 228 ZPO: nach Erlass einer vorsorglichen Massnahme wird dem Kläger Frist angesetzt zur Einleitung eines ordentlichen Prozesses unter der Androhung, dass die Massnahme sonst dahinfalle. Wird diese Verfügung angefochten und dem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung erteilt, so hat das zur Folge, dass die vorsorgliche Massnahme trotz Ablaufs der Klagefrist vorläufig noch bestehen bleibt. Dies ist vom Beklagten aus gesehen ein Nachteil. Umgekehrt bedeutet es für den Kläger einen Nachteil, wenn keine aufschiebende Wirkung erteilt wird, denn dann fällt die vorsorgliche Massnahme bei unbe-nutztem Ablauf der Klagefrist dahin.

Aus diesem Beispiel geht hervor, dass auch dann von einem Nachteil die Rede sein kann, wenn der angefochtene Entscheid nicht vollstreckbar ist. Allgemein lässt sich diese Art von Nachteilen am ehesten als prozessuale Nachteile kennzeichnen: Nachteile, die einer Partei im Hinblick auf einen ordnungsgemässen und raschen Ablauf des Verfahrens entstehen.

Zusammenfassend gibt es also folgende Arten von Nachteilen, die für den Entscheid über Erteilung oder Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung relevant sein können: vermögenswerte, persönlichkeitsbezogene²⁾ und prozessuale.

Daran schliesst sich die Frage an, ob es unter diesen Nachteilen nicht solche gebe, die eine Erteilung des Suspensiveffektes nicht zu rechtfertigen vermögen. Es sind damit nicht Nachteile gemeint,

1) Vgl. S. 93 f.

2) Vgl. Thouvenin S. 205

die nicht genügend schwer wiegen¹⁾, sondern solche, die das Gesetz gar nicht vermeiden will, weil es das Ergebnis, um dessen Vermeidung es gehen soll, nicht billigt. Kann ein Nachteil für den Kläger, der der Erteilung des Suspensiveffektes entgegensteht, aus solchen Gründen unbeachtlich sein? Auszugehen ist vom materiellen Recht: Das Gesetz missbilligt gewisse Verpflichtungen unter Privaten. Infolgedessen will es nicht Hand bieten zu deren Durchsetzung und erklärt deshalb solche Verträge nichtig oder nimmt gewissen Ansprüchen die Klagbarkeit²⁾. Nun ist es denkbar, dass ein Kläger, der einen solchen Anspruch gerichtlich durchzusetzen versucht, in erster Instanz obsiegt – sei es, weil diese den Sachverhalt nicht vollständig gekannt, sei es, weil sie das Recht falsch angewandt hat. Wird gegen dieses Urteil ein Rechtsmittel eingelegt, so bedeutet die Erteilung des Suspensiveffektes – obwohl der Vertrag, aus dem geklagt wurde, nichtig bzw. der eingeklagte Anspruch nicht klagbar ist – für den Kläger einen Nachteil: er kann noch nicht vollstrecken. Die Frage ist nun, ob dieser Nachteil für den Entscheid über die Erteilung des Suspensiveffektes in Erwägung gezogen werden dürfe, ein Nachteil, dessen Eintritt das Gesetz ja gerade anstrebt. Sie ist zu bejahen: der Nachteil ist in Betracht zu ziehen. Der Entscheid darüber, ob der Vertrag z.B. unsittlich bzw. der Anspruch nicht klagbar ist, muss nämlich aufgrund einer umfassenden materiellen Beurteilung der Klage durch das Gericht erfolgen. Hat nun die erste Instanz – ob zu Recht oder zu Unrecht – entschieden, der Anspruch des Klägers sei begründet und durchsetzbar, so ist die Missbilligung durch das Gesetz nicht auf den konkreten Einzelfall übertragen worden, die erste Instanz hat befunden, es liege kein solcher Fall vor. Diese Auffassung zu überprüfen ist Sache der Rechtsmittelinstanz. Es geht nun nicht an, diesem Entscheid in der Weise vorzugreifen, dass ein Nachteil, den der Kläger durch die Erteilung des Suspensiv-

1) Diese Frage ist unten unter cc) zu behandeln.

2) Vgl. Art. 20, 416, 513 OR

effektes erleidet, quasi in Vorwegnahme des Rechtsmittelentscheidungs einfach nicht beachtet wird.

Die Prüfung des Nachteils hat also völlig unabhängig von einer Beurteilung der zugrundeliegenden materiellen Rechtslage zu geschehen; es ist nur zu prüfen, ob ein Nachteil vorliegt, irrelevant ist die rechtliche Qualifikation dieses Nachteils. Dies führt nicht zu unbefriedigenden Ergebnissen, weil daneben noch eine Beurteilung der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels stattfindet. Das nun ist der Ort, wo Fragen dieser Art geprüft werden und wo die rechtliche Qualifikation ihren Einfluss ausübt.

cc) Ist im konkreten Fall festgestellt, dass der einen oder der anderen Partei ein Nachteil erwächst, der mit Erteilung bzw. Nichterteilung der Suspensivwirkung nicht eintreten würde, so ist dieser Nachteil, um zu einer Entscheidung zu gelangen, zu werten. Es geht dabei um eine Beurteilung der Schwere des Nachteils. Es lässt sich sagen, dass der Suspensiveffekt umso eher zu erteilen ist, je schwerer der Nachteil, der den Beklagten bei Nichterteilung träfe, wiegt und umgekehrt. Im folgenden soll versucht werden, die verschiedenen Intensitäten der "Schwere" des Nachteils anzudeuten.

Die schwerste Art von Nachteil liegt dann vor, wenn er nicht wieder gutzumachen ist. Von dieser schwersten Form ausgehend lassen sich unzählige Abstufungen denken, die bis hinunter zur blossen Inkonvenienz reichen. Wesentlich sind nicht die verschiedenen Grade der Abstufung, sondern die Grenze, oberhalb derer der Nachteil noch einen Einfluss auf die Entscheidung über die Erteilung des Suspensiveffektes auszuüben vermag. Ist diese Grenze überschritten, so bedeutet das jedoch nicht, dass der Suspensiveffekt dann in jedem Fall zu erteilen bzw. nicht zu erteilen ist; vielmehr handelt es sich nur um einen Faktor zur Bestimmung des Entscheides.

Ganz sicher als relevant kann ein Nachteil angesehen werden, der irreversibel ist¹⁾. Ebenfalls als in genügendem Masse schwer

1) Z.B. Abbruch einer Baute, Fällen eines Baumes; vgl. BGE 38 I

dürfte ein Nachteil anzusprechen sein, der irreversibel sein könnte, indem zwar eine Wiedergutmachung theoretisch möglich ist, jedoch aus den Umständen heraus als gefährdet erscheint.¹⁾ Fraglich wird es jedoch da, wo die Gefährdung der Wiedergutmachung als denkbar, nicht aber als wahrscheinlich anzusehen ist²⁾. Hier dürfte der Nachteil nicht mehr genügend schwer sein, um auf den Entscheid über die Erteilung des Suspensiveffektes Einfluss ausüben zu können.

dd) Meist wird es so sein, dass einem Nachteil für den Beklagten bei Nichterteilung der Suspensivwirkung gleichzeitig ein Nachteil für den Kläger bei deren Erteilung gegenübersteht. Hat die untere Instanz z. B. den Beklagten zur Bezahlung einer Geldsumme verurteilt und hat dieser Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt, so hat der Kläger einen Nachteil zu tragen, falls die Suspensivwirkung erteilt wird (er kann noch nicht vollstrecken), der Beklagte aber, wenn sie nicht erteilt wird (er muss schon leisten). Wie auch immer in bezug auf die Suspensivwirkung entschieden wird, für die eine oder die andere Partei entsteht ein Nachteil. Es fragt sich nun, welcher dieser Nachteile entscheidend sein soll. Die Lösung liegt wohl in einer Abwägung der beiden Nachteile, wobei auf die Schwere abzustellen sein wird. Es soll zugunsten dessen entschieden werden, dem der schwerere Nachteil droht.

c) Verhältnis dieser Kriterien zueinander

Der Entscheid, ob Suspensivwirkung zu erteilen sei oder nicht, hängt von verschiedenen Faktoren ab: einerseits von den Erfolgsaussichten des Rechtsmittels, andererseits von der Schwere des drohen-

-
- 1) Z. B. Aufhebung des Arrestes über den in Südamerika wohnenden Schuldner, Bezahlung von Geld an den in prekären Vermögensverhältnissen befindlichen Gläubiger etc.
 - 2) Z. B. bei Bezahlung von Geld an den solventen Gläubiger, der voraussichtlich in der Lage sein wird, das Geld nötigenfalls zurückzubezahlen.

den Nachteils. Es soll im folgenden das Verhältnis dieser Kriterien zueinander untersucht werden.

aa) Ergibt eine Beurteilung der Rechtslage, dass die Nichtigkeitsbeschwerde gute Erfolgsaussichten hat, so ist die Lage bei den Nachteilen wie folgt zu berücksichtigen:

- Bedeutet überwiegend ¹⁾ die Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung einen Nachteil ²⁾, so ist sie zu erteilen, weil beide Kriterien dafür sprechen.
- Bedeutet dagegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung überwiegend einen Nachteil ³⁾, so widersprechen sich die beiden Kriterien. Stellt man auf die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels ab, so ist der Suspensiveffekt zu erteilen, stellt man dagegen auf den Nachteil, der droht, ab, so ist umgekehrt zu entscheiden.

Eine Lösung könnte im Versuch liegen, die beiden Kriterien zu gewichten, gegeneinander abzuwägen und alsdann auf das gewichtigere abzustellen. Das hat für jeden Fall gesondert zu geschehen, unter Berücksichtigung der jeweiligen konkreten Umstände. Ergibt die Beurteilung der Rechtslage derart grosse Erfolgsaussichten des Rechtsmittels, dass mit grosser Wahrscheinlichkeit damit gerechnet werden muss, dass der angefochtene Entscheid umgestossen werden wird, während auf der anderen Seite die Schwere des bei Erteilung drohenden Nachteils nicht allzu stark ins Gewicht fällt ⁴⁾, so ist ersteres Kriterium gewichtiger und der Suspensiveffekt ist zu erteilen. Sind die Erfolgsaussichten

1) überwiegend verglichen mit dem Nachteil, der der anderen Partei bei Erteilung droht.

2) Z.B. weil der Kläger insolvent und daher eine Rückerstattung nicht zu erwarten ist.

3) Der Kläger ist z.B. dringend auf die Unterhaltsbeiträge des Beklagten angewiesen.

4) Der Entscheid verletzt z.B. eindeutig klares Recht, der Kläger (der auf Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen geklagt hat) steht in genügend guten finanziellen Verhältnissen, um auch ohne die Unterhaltsbeiträge des Beklagten leben zu können.

des Rechtsmittels dagegen kleiner (wohl aber als noch vorhanden) zu werten, während der Nachteil sehr schwer ist, so dürfte das zweite Kriterium überwiegen und die Erteilung des Suspensiv-effektes wäre zu verweigern. Ist im letzten Fall der Nachteil zwar schwer, nicht aber sehr schwer, so dürfte dem Kriterium der Rechtsmittelaussichten höhere Bedeutung zukommen und der Suspensiveffekt wäre zu erteilen. Dann nämlich stehen sich die beiden Kriterien quasi auf gleicher Stufe gegenüber, es herrscht sozusagen ein Gleichgewicht der Kräfte. In diesem Fall rechtfertigt sich ein Vorgehen des Kriteriums der Rechtsmittelaussichten, wenn man annimmt, das Interesse daran, dass Entschiede, die wieder umgestossen zu werden drohen, nicht vollstreckt werden, überwiege das Interesse an der Verhinderung des Eintrittes von Nachteilen, Nachteilen zumal, die bei einem Erfolg des Rechtsmittels ohnehin hinzunehmen sein würden.

- Eindeutig ist die Lage wiederum dann, wenn das Rechtsmittel Aussicht auf Erfolg hat, ein Nachteil dagegen nicht vorhanden ist ¹⁾.

Gleich dürfte es sich verhalten, wenn Kläger und Beklagtem zwar ein Nachteil droht, jedoch beide Nachteile gleich schwer wiegen und einander aufheben. Alsdann ist allein nach den Erfolgsaussichten des Rechtsmittels zu urteilen und der Suspensiveffekt zu erteilen.

bb) Ergibt eine Beurteilung der Rechtslage, dass das Rechtsmittel voraussichtlich abgewiesen werden wird, so verhält es sich wie folgt:

- Bedeutete überwiegend die Nichterteilung des Suspensiveffektes einen Nachteil, so widersprechen sich die Kriterien. Hier ist wie oben dargestellt vorzugehen, d.h. es sind die beiden Kriterien bezogen auf den konkreten Fall zu gewichten und sodann ist gemäss dem stärker ins Gewicht fallenden zu entscheiden. Auch

1) Droht keiner Partei ein Nachteil, so kann man sich allerdings fragen, was der Sinn einer Suspensivwirkung sein kann.

hier ist im Zweifel den Rechtsmittelaussichten etwas mehr Gewicht beizumessen.

- Bedeutet überwiegend die Erteilung des Suspensiveffektes einen Nachteil, so legen beide Kriterien deren Nichterteilung nahe.
- Liegt entweder überhaupt kein Nachteil vor ¹⁾ oder entstehen für beide Parteien bei Erteilung bzw. bei Nichterteilung des Suspensiveffektes gleich schwere Nachteile, so dass diese sich aufheben, ist allein nach dem Kriterium der (nicht oder wenig vorhandenen) Erfolgsaussichten des Rechtsmittels zu entscheiden und die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen.

cc) Zu erwähnen bleibt der Fall, dass über die Rechtsmittelaussichten nichts gesagt werden kann, weil sowohl Gutheissung wie Abweisung des Rechtsmittels die gleiche Wahrscheinlichkeit für sich haben. Sodann ist allein nach den Nachteilen zu entscheiden: bedeutet überwiegend die Erteilung einen Nachteil, so darf kein Suspensiv-effekt gegeben werden und umgekehrt.

Die gefundenen Ergebnisse lassen sich in folgender Tabelle darstellen:

1) Droht keiner Partei ein Nachteil, so kann man sich allerdings fragen, was der Sinn einer Suspensivwirkung sein kann.

Rechtsmittel- aussichten Nachteile	positiv		negativ	
	mit grosser Wahrscheinlichkeit	mit mittlerer Wahrscheinlichkeit	mit mittlerer Wahrscheinlichkeit	mit grosser Wahrscheinlichkeit
v. a. bei Erteilung	irreversibel	Suspensiv Effekt erteilen	Suspensiv Effekt <u>nicht</u> erteilen	Suspensiv Effekt <u>nicht</u> erteilen
	wahrscheinlich irreversibel	Suspensiv Effekt erteilen	Suspensiv Effekt <u>nicht</u> erteilen	Suspensiv Effekt <u>nicht</u> erteilen
	kein relevanter Nachteil	Suspensiv Effekt erteilen	Suspensiv Effekt <u>nicht</u> erteilen	Suspensiv Effekt <u>nicht</u> erteilen
v. a. bei Nicht- erteilung	kein relevanter Nachteil	Suspensiv Effekt erteilen	Suspensiv Effekt erteilen	Suspensiv Effekt <u>nicht</u> erteilen
	wahrscheinlich irreversibel	Suspensiv Effekt erteilen	Suspensiv Effekt <u>nicht</u> erteilen	Suspensiv Effekt <u>nicht</u> erteilen
	irreversibel	Suspensiv Effekt erteilen	Suspensiv Effekt erteilen	Suspensiv Effekt <u>nicht</u> erteilen

4. Erteilung von Amtes wegen?

Im folgenden geht es um das Problem, ob der Suspensiveffekt nur dann erteilt werden darf, wenn ein entsprechender Parteiantrag gestellt wurde, oder ob dies auch von Amtes wegen geschehen kann. Es stellt sich etwa in folgendem Beispiel: Ein Rechtsunkundiger wird vor dem Einzelrichter auf Bezahlung von Fr. 2000.- eingeklagt¹⁾. Der Einzelrichter verurteilt ihn in offensichtlicher Verletzung materiellen Rechtes zur Zahlung dieses Betrages. Dagegen erhebt der Beklagte die Nichtigkeitsbeschwerde ans Obergericht²⁾. Er versäumt es infolge seiner fehlenden Rechtskunde, ein Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu stellen. Inzwischen hat der Kläger die Betreuung eingeleitet und schickt sich an, mit dem Urteil des Einzelrichters die definitive Rechtsöffnung zu verlangen. Darf nun der Präsident des Obergerichtes der Beschwerde auch ohne Antrag die aufschiebende Wirkung erteilen?

a) Vorerst ist zu fragen, ob die Erteilung der aufschiebenden Wirkung grundsätzlich überhaupt von einem entsprechenden Begehren abhängt. Die ZPO sieht das nicht ausdrücklich vor³⁾. Dagegen ist bei der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde ausdrücklich ein Begehren verlangt⁴⁾.

aa) Auszugehen ist davon, dass es um die Anwendung einer prozessualen Norm geht. Die Suspensivwirkung ist ein rein prozessuales Institut, ihre Regelung steht also allein dem Prozessrecht zu. Grundsätzlich ist nun das Prozessrecht von Amtes wegen anzuwenden⁵⁾. Dies liegt darin begründet, dass es einen geordneten Ablauf des Ver-

1) § 21 GVG

2) § 281 ZPO, § 43 Abs. 1 GVG

3) §§ 286, 294 ZPO

4) Art. 70 Abs. 2 OG, dazu Birchmeier N 2 zu Art. 70 OG

5) Guldener S. 179, ders. ZSR 65 S. 186, 188; Meier S. 73 f., 150; Rosenberg/Schwab S. 403 f.

fahrens zu gewährleisten gilt. Mithin sind alle prozessrechtlichen Vorschriften, die der Förderung des Prozesses und der Wahrung des Interesses an einen geordneten Verfahrensablauf dienen, durchzusetzen, ohne dass die Parteien darauf Einfluss nehmen können.

Daneben gibt es aber auch prozessuale Vorschriften, deren Anwendung das Gesetz ausdrücklich von einem Antrag von seiten der Parteien abhängig macht¹⁾. Es sind dies Fälle, wo die Nichtanwendung der betreffenden Norm keinen Nachteil für den Ablauf des Verfahrens bedeutet und auch nicht zur Folge hat, dass einer Partei die Verfolgung ihrer Rechte verunmöglicht wird.

In vielen Fällen jedoch verlangt das Gesetz weder ausdrücklich einen Antrag, noch sieht es Anwendung von Amtes wegen vor. Dass diese Prozesshandlungen des Gerichtes jedoch von Amtes wegen vorgenommen werden müssen, folgt vor allem aus dem Grundsatz der richterlichen Prozessleitung³⁾. Einzig für die Prozessvoraussetzungen verlangt das Gesetz ausdrücklich eine Prüfung von Amtes wegen⁴⁾.

Mithin kann füglich davon gesprochen werden, dass das Gericht die vom Gesetz vorgesehenen Prozesshandlungen grundsätzlich unabhängig von einem Antrag einer Partei vorzunehmen hat, wenn deren Voraussetzungen gegeben sind. In der Regel – so scheint es – kennzeichnet das Gesetz die Ausnahmen von diesem Grundsatz deutlich.

Für die Frage der Erteilung der Suspensivwirkung gibt der Wortlaut der ZPO⁴⁾ keinen Hinweis auf ein Erfordernis eines Antrages. Stellt man nun auf die soeben festgehaltenen Grundsätze ab, so bedeutete das, dass die Suspensivwirkung bei Vorliegen der Voraus-

1) §§ 14, 41, 84 Abs. 1, 87, 110 Abs. 2, 112 Abs. 1, 135 ZPO

2) Vgl. §§ 40 Abs. 3, 42, 53 Abs. 2, 58 Abs. 2, 60, 62, 116, 118 ZPO

3) § 108 ZPO

4) §§ 286, 294 ZPO

setzungen ohne Antrag der Parteien zu erteilen wäre. Sollte etwas anderes gelten, so müsste dies in einer wesentlich von den genannten Fällen abweichenden Interessenlage begründet sein. Im folgenden ist also die Interessenlage zu prüfen, die hinter der Frage der Suspensivwirkung steht.

bb) Aus der Dispositionsmaxime kann nichts abgeleitet werden. Sie ist das Korrelat zur Privatautonomie im Prozessrecht und beschlägt die Bestimmung des Prozessbeginns, der Prozessbeendigung, des Prozessthemas, des Tätigwerden höherer Instanzen auf ein Rechtsmittel hin und den Satz "ne eat iudex ultra petita partium"¹⁾. All das ist Ausfluss der privatautonomen Gestaltungsfreiheit der Parteien über ihre materiellen Privatrechte. Es geht darum, dass die Rechtsverfolgung ins Belieben der Parteien gestellt werden soll.

cc) Die Dispositionsmaxime bedeutet aber nicht eine allumfassende Berechtigung der Parteien, den gesamten Prozessablauf zu gestalten. Ist der Prozess einmal eingeleitet oder ein Rechtsmittel einmal eingelegt, so entwickelt das Verfahren eine Art Eigendynamik. Nun hat der Richter für die Abwicklung des Verfahrens zu sorgen und die erforderlichen Anordnungen von Amtes wegen zu treffen. Das Prozessrecht ist von Amtes wegen anzuwenden, mit Ausnahme gewisser Fälle, wo ein Antrag notwendig ist²⁾. Ein solcher Antrag ist nach Meier³⁾ erforderlich in Fällen, die unter die Dispositionsmaxime fallen, wo die Parteien zur Klärung einer bestimmten Frage als besonders berufen erscheinen (z. B. die Ablehnung von Justizbeamten) oder wo der Staat kein Interesse an der Durchsetzung prozessualer Normen hat.

dd) Ist nun die Frage der Erteilung der Suspensivwirkung ein solcher Fall, wo – abweichend vom Grundsatz der Anwendung des Prozessrechtes von Amtes wegen – ein Antrag erforderlich ist?

1) Guldener S. 148

2) Guldener S. 179; Meier S. 73 f., 150; Rosenberg/Schwab S. 403 f.

3) Meier S. 150; vgl. auch Guldener ZSR 65 S. 253 f.

Die Erteilung der Suspensivwirkung ist für einen geordneten Ablauf des Verfahrens nicht eine *condicio sine qua non*. Ein geordneter Gang des Verfahrens hängt in keiner Weise von der Erteilung oder Nichterteilung der Suspensivwirkung ab. Damit aber könnte gesagt werden, der Staat besitze kein Interesse an der Durchsetzung dieser prozessualen Norm (dass Suspensiveffekt bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen zu erteilen sei¹⁾), setze sie mithin auch nicht von Amtes wegen durch, sondern überlasse ihre Anwendung einem Antrag von seiten der Parteien²⁾.

Es liesse sich auch sagen: Ist ein Entscheid mit suspensiven Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbar, so tritt in der Regel die formelle Rechtskraft und damit auch die Vollstreckbarkeit ein. Wird nun einem nicht suspensiven Rechtsmittel Suspensiveffekt erteilt, so wird die Vollstreckbarkeit ausnahmsweise doch sistiert. Die Tatsache, dass es sich bei der Erteilung der Suspensivwirkung um eine Ausnahme handelt, deutet darauf hin, dass ein Antrag erforderlich sein soll. Der Grundsatz ist, dass einem nicht suspensiven Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung zukommt, die Ausnahme tritt nur ein, wenn dies von den Parteien verlangt wird.

Diese Argumente sprechen dafür, die Erteilung des Suspensiveffektes von einem Parteiantrag abhängig zu machen. Erteilung von Amtes wegen käme höchstens dort in Frage, wo ein öffentliches Interesse daran besteht³⁾.

1) Meier S. 150

2) So offenbar Hagenbüchle S. 45 f.; ZR 32 Nr. 31

3) Ein solches könnte man z.B. bei der Ehescheidung annehmen. An der Erhaltung der Ehe hat der Staat ein öffentliches Interesse, das sich etwa in der Anordnung der *Offizialmaxime* niederschlägt (ZGB 158). Daran kann ein öffentliches Interesse daraus abgeleitet werden, dass ein zu Unrecht ausgesprochenes Scheidungsurteil nicht in Rechtskraft erwächst. Wird gegen ein solches Revision eingelegt, so müsste der Richter demnach befugt sein, den Suspensiveffekt von Amtes wegen anzuordnen.

Ein weiteres Beispiel ist die Klage zur Anfechtung der Vaterschaft (ZGB 256 ff.). Hier ist im Kindesinteresse die *Offizialmaxime* angeordnet (Art. 254 ZGB). Auch hier dürfte der Rechtsmittelrichter befugt sein, Suspensiveffekt von Amtes wegen zu erteilen.

b) Ist also in der Regel davon auszugehen, dass die Stellung eines Antrages erforderlich ist, so fragt es sich, ob Nachteile, die dadurch der rechtsunkundigen Partei erwachsen, nicht behoben werden können. Dazu böte sich in erster Linie das richterliche Fragerecht an.

Die Frage stellt sich demnach, ob der Richter die rechtsunkundige Partei fragen dürfe, ob sie einen Antrag auf Erteilung der Suspensivwirkung stellen wolle oder nicht.

Zunächst ist abzuklären, ob die Erteilung oder Nichterteilung der Suspensivwirkung überhaupt Gegenstand einer richterlichen Fragepflicht sein kann. § 55 ZPO nennt als Gegenstand der Fragepflicht "Vorbringen einer Partei". Zieht man die Literatur zu Rate, so finden sich ausschliesslich Hinweise in der Richtung, dass es um Vorbringen zur materiellen Frage, zum Prozessthema, über das im Sachurteil zu entscheiden ist, geht ¹⁾.

Als Zwecke, denen die richterliche Fragepflicht dienen soll, werden etwa folgende genannt: Feststellung des Inhaltes (unklaren) Parteivorbringens und des Prozesszieles ²⁾, Verhinderung, "dass die Parteien... ihrer Unerfahrenheit oder mangelnden Einsicht zum Opfer fallen" ³⁾, Milderung der Folgen nicht beachteter Substantiierungspflicht ⁴⁾, "Instrument zur Aufklärung der im Rechtsirrtum sich befindlichen Partei" ⁵⁾ und schliesslich, den Parteien zu ersparen, "in den Urteilsmotiven den Satz zu lesen, ein für sie günstiger rechtlicher Gesichtspunkt entfalle schon deswegen, weil es an einer Behauptung oder Beweisantretung für eine dafür erforderliche Tatsache

1) Für die Schweiz: Fischli, BJM 1954, S. 81 ff., insb. S. 90 ff.; Guldener S. 165 f., 262, 503 f.; Meier S. 155 f.; Sträuli/Messmer zu § 55 ZPO; Walder S. 194

Für BRD: Nikisch S. 193 f.; Rosenberg/Schwab S. 407 ff.

2) Rosenberg/Schwab S. 408

3) Nikisch S. 193

4) Walder S. 194

5) Meier S. 155

fehle" ¹⁾). Zusammenfassend ist also festzustellen, dass die Fragepflicht zwei Zielen dient: einmal der Festlegung der tatsächlichen Grundlage des Prozesses (etwa durch Klärung undeutlicher Behauptungen), zum anderen auch einer gewissen rechtlichen Aufklärung der Parteien. Letzterem liegt der Gedanke zugrunde, dass auch die rechtsunkundige Partei eine Chance erhalten soll, ihre Rechte durchzusetzen.

Geht man nun davon aus, dass die richterliche Fragepflicht – über den Wortlaut von § 55 ZPO hinausgreifend – unter anderem auch der rechtlichen Aufklärung der Parteien dienen soll, so erscheint es folgerichtig, diese Aufklärung auch auf rein prozessuale Fragen auszudehnen, sofern die Partei etwa durch Unterlassen eines erforderlichen Antrages Schaden erleiden könnte. Damit wäre eine richterliche Fragepflicht bezüglich der Stellung des Antrages um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu bejahen.

Dies bedarf aber einer erheblichen Einschränkung, die daraus hervorgeht, dass der oben dargelegten Argumentation der Gedanke der Chancengleichheit der Parteien zugrunde liegt. Die Ausübung des Fragerechtes im Sinne einer rechtlichen Aufklärung der einen Partei darf nur da einsetzen, wo sonst eben diese Partei in ihren Chancen verkürzt wäre, weil ihr die nötige Rechtskenntnis fehlt. Gegenüber einer durch einen Anwalt vertretenen oder selber rechtskundigen Partei kommt die Gewährung einer solchen Hilfe nicht in Frage ²⁾. Etwas weiter geht Meier ³⁾, der die richterliche Aufklärungspflicht auch dann bejaht, wenn ein sonst sorgfältig operierender Anwalt infolge eines Versehens etwas vergessen hat. Stehen sich zwei rechtsunkundige Parteien gegenüber, so dürfte es im Interesse der richtigen Rechtsverwirklichung liegen, eine Aufklärung durch den Richter zuzulassen. Immerhin wird sich der Richter in allen

1) Fischli S. 93

2) Vgl. Guldener S. 165 Anm. 15

3) Meier S. 159

Fällen eine gewisse Zurückhaltung auferlegen müssen, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, er bevorteile die eine Partei.

5. Rechtsmittel

a) Einsprache

Zuständig zum Entscheid über Erteilung und Entzug der Suspensivwirkung ist der Präsident der Rechtsmittelinstanz ¹⁾. Gegen diese Verfügung besteht eine Einsprachemöglichkeit, die zur Folge hat, dass das gesamte Richterkollegium entscheiden muss. ²⁾

Wird Einsprache erhoben, so stellt sich die Frage, wann die Suspensivwirkung eintritt bzw. dahinfällt. Zeitigt der Präsidialentscheid erst nach Ablauf der Einsprachefrist Wirkungen oder gilt er, solange nicht das Kollegium auf Einsprache hin etwas anderes anordnet?

Um dies zu entscheiden, ist ein Vergleich mit anderen Fällen der Einsprache angezeigt. Dazu bietet sich die Einsprache im Zusammenhang mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen an. Es handelt sich dabei um den Erlass provisorischer Befehle und Verbote ³⁾ und superprovisorische Verfügungen ⁴⁾. In beiden Fällen wird ohne eine Anhörung der Gegenpartei eine Anordnung getroffen. Die Gegenpartei erhält nun Gelegenheit zur Einsprache, die, wird sie erhoben, zur Folge hat, dass der Richter erneut über die Frage entscheiden muss. ⁵⁾ Bei erhobener Einsprache bleibt, wenn es sich um eine

1) § 122 Abs. 3 GVG; vgl. S. 27

Dass der Präsident für Erteilung und Entzug zuständig ist, ergibt sich aus der Formulierung der genannten Bestimmung: "...hinsichtlich der aufschiebenden Wirkung...".

2) § 122 Abs. 3 GVG

3) § 224 Abs. 2 + 3 ZPO

4) § 110 Abs. 2 ZPO

5) Hierin liegt ein Unterschied zur Einsprache gegen den Entscheid über die Suspensivwirkung: bei dieser hat nach erfolgter Einsprache statt dem Präsidenten das Kollegium zu entscheiden, bei jener

superprovisorische Verfügung handelt, der Entscheid bestehen, bis er allenfalls durch den neuen Entscheid geändert wird⁶⁾, umgekehrt aber fällt er weg bzw. tritt er noch nicht in Kraft, wenn eine provisorische Massnahme vorliegt⁷⁾. Das nun ist der entscheidende Punkt. Es stellt sich die Frage nach der ratio dieser Regelung. Diese ist in der Feststellung zu suchen, ob eine Gefahr vorliege oder nicht: Superprovisorische Massnahmen können nur bei Vorliegen einer Gefahr angeordnet werden⁸⁾. Dann aber ist es notwendig, dass die Massnahme schlagartig angeordnet werden kann und eine gewisse Bestandeskraft aufweist. Würde sie auf blosser Einsprache hin wieder aufgehoben, wäre sie zur Abwendung einer Gefahr untauglich. Anders verhält es sich bei der provisorischen Massnahme. Das Bestehen einer Gefahr ist für diese nicht Voraussetzung⁹⁾, also steht nichts entgegen, sie auf blosser Einsprache hin wieder aufzuheben¹⁰⁾. Entscheidend ist also, ob es um die Abwendung einer Gefahr geht oder nicht. Allgemeiner gesagt beruht die erwähnte Regelung auf dem Bedürfnis nach einer schnellen und sofort wirksamen Entscheidung. Geht es um die Abwendung einer Gefahr, so besteht die-

entscheidet derselbe Richter ein zweites Mal. Daneben bestehen weitere Unterschiede: Bei der Einsprache gegen die Anordnung vorsorglicher Massnahmen geht es um die Wahrung des rechtlichen Gehörs der Gegenpartei (§ 110 Abs. 2 ZPO; Sträuli/Messmer N 4 zu § 224 ZPO). Dies ist, soweit es um die Suspensivwirkung geht, nicht in erster Linie der Fall. Das geht daraus hervor, dass hier "eine Partei" Einsprache erheben kann (§ 122 Abs. 3 GVG), d.h. auch jene, die die getroffene Anordnung begehrt hat, während dort immer nur die Gegenpartei zur Einsprache berechtigt ist (§§ 110 Abs. 2, 224 Abs. 2 ZPO). Diese Unterschiede spielen jedoch für die hier gestellte Frage keine Rolle.

- 6) Sträuli/Messmer N 35 zu § 110 ZPO
- 7) Sträuli/Messmer N 7 zu § 224 ZPO, N 35 zu § 110 ZPO
- 8) § 110 Abs. 2 ZPO: "In Fällen besonderer Dringlichkeit..."; Sträuli/Messmer N 1 zu § 224 ZPO
- 9) Sträuli/Messmer N 2 zu § 224 ZPO
- 10) Zumal es um die sofortige Durchsetzung eines glaubhaften Anspruches geht, Sträuli/Messmer N 2 zu § 224 ZPO. Wird Einsprache erhoben, so kann das der Glaubhaftigkeit Abbruch tun.

ses Bedürfnis, geht es dagegen um die Durchsetzung eines glaubhaften Anspruches, ohne dass eine Gefahr droht, so fehlt es. Darin dürfte die gesuchte ratio liegen.

Für die Erteilung des Suspensiveffektes ist nun zwar nicht Voraussetzung, dass eine Gefahr droht. Der Suspensiveffekt dient nicht in erster Linie der Abwehr von Gefahren, sondern hat zum Ziel, Vollstreckungen zu vermeiden, die nachher wieder rückgängig zu machen wären, sowie allgemein Entscheidungswirkungen nicht eintreten zu lassen, solange eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie später durch den Rechtsmittelentscheid wieder beseitigt würden. Wohl kann darin auch die Abwendung einer Gefahr liegen, es muss aber keineswegs. Der Gefahrenabwendung sind in erster Linie die vorsorglichen Massnahmen gewidmet.

Daraus, dass es beim Suspensiveffekt nicht um eine Gefahrenabwendung geht, folgt jedoch nicht, dass der Präsidialentscheid auf Einsprache hin wegfällt und erst der Kollegialentscheid Recht schafft. Die Untersuchung hat vielmehr etwas weiter zu gehen und zu fragen, ob bei Anordnungen mit Bezug auf die aufschiebende Wirkung ein Bedürfnis nach sofortiger Wirksamkeit besteht oder nicht. Das Bestehen einer Gefahr ist dafür nicht notwendige Voraussetzung.

Es geht bei der aufschiebenden Wirkung wie gesagt darum, den Eintritt von Entscheidungswirkungen zu hemmen. Steht insbesondere die Hemmung der Vollstreckbarkeit in Frage, so ist es wenig sinnvoll, die Vollstreckbarkeit für eine gewisse Zeitspanne dann doch eintreten zu lassen, denn das stellte die Wirksamkeit radikal in Frage. Würde der vom Präsidenten angeordnete Suspensiveffekt erst mit unbenütztem Ablauf der Einsprachefrist bzw. mit dem Kollegialentscheid eintreten, so stünde das in eklatatem Widerspruch zum Bedürfnis, die Suspensivwirkung so rasch als möglich erteilen zu können. Es bestünde alsdann keine Möglichkeit mehr zu wirksamem Schutz vor einer vorzeitigen Vollstreckung. Damit ist das geforderte Bedürfnis dargetan und festgestellt, dass der Präsidialentscheid sofort "in Kraft" tritt und seine Geltung auch bei Erheben

einer Einsprache behält. Er kann erst dann wegfallen, wenn das Kollegialgericht selber neu entscheidet.

Diese Argumentation ist zugeschnitten auf den Fall, dass eine Nichtigkeitsbeschwerde oder Revision eingelegt wird und es darum geht, den Eintritt von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit so schnell als möglich zu hemmen. Keine unbedingte Geltung hat sie, soweit es um den Entzug der aufschiebenden Wirkung beim Rekurs geht. Hier eilt es in der Regel nicht und es würde sich im Interesse einer möglichst ausgewogenen Entscheidung rechtfertigen, den Präsidialentscheid nicht sofort wirksam werden zu lassen. Dass dem aber doch nicht so sein kann, ergibt sich daraus, dass das Gesetz ¹⁾ für beide Fälle – Erteilung und Entzug – die gleiche Formulierung gewählt hat. Dies legt nahe, dass in allen von dieser Formulierung betroffenen Fällen die gleiche Regelung gelten muss.

Zusammenfassend lässt sich also sagen: Erhebt eine Partei Einsprache gegen die durch Präsidialverfügung erfolgte Erteilung oder den Entzug der Suspensivwirkung, so hat das nicht zur Folge, dass der Präsidialentscheid bis zur Entscheidung durch das Kollegium dahinfällt. Vielmehr erwächst die Präsidialverfügung sofort "in Kraft", nicht etwa erst nach unbenütztem Ablauf der Einsprachefrist.

b) Nichtigkeitsbeschwerde

Der Entscheid über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist ein prozessleitender Entscheid. Gegen solche steht die Nichtigkeitsbeschwerde nur offen, wenn gewisse Voraussetzungen gegeben sind ²⁾: Es muss entweder um die Verhinderung eines nicht wieder-
gutzumachenden Nachteiles oder um die Vermeidung eines weitläufi-

1) § 122 Abs. 3 GVG

2) Der Rekurs kommt hier von vorne herein nicht in Frage: § 271 Ziff. 5 ZPO nennt die aufschiebende Wirkung nicht als mit Rekurs anfechtbaren prozessleitenden Entscheid.
Zur Nichtigkeitsbeschwerde vgl. § 282 ZPO.

gen Verfahrens gehen.

In bezug auf die aufschiebende Wirkung ist aber die Einsprache das primäre "Rechtsmittel" ¹⁾. Es ist also zu unterscheiden, ob die Nichtigkeitsbeschwerde gegen den (nicht mit Einsprache angefochtenen) Präsidialentscheid gerichtet ist oder aber gegen den auf Einsprache hin ergehenden Kollegialentscheid.

Die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Präsidialentscheid hängt vom Verhältnis jener zur Einsprache ab. Massgebend ist § 285 Abs. 1 ZPO: Sie ist nur dann möglich, wenn der Rechtsmittelkläger unverschuldeterweise erst nach Ablauf der Einsprachefrist ²⁾ vom Nichtigkeitsgrund Kenntnis erhalten hat. Auch dann jedoch ist die Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen, wenn es um die aufschiebende Wirkung ebenfalls einer Nichtigkeitsbeschwerde geht: gegen Entscheide einer Kassationsinstanz ist keine Nichtigkeitsbeschwerde zulässig. Damit sind auch prozessleitende Entscheide gemeint ³⁾. Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Präsidialentscheid ist also, sofern die genannten Voraussetzungen gegeben sind, nur zulässig, wenn es um den Suspensiveffekt des Rekurses oder der Revision geht ⁴⁾.

Sodann stellt sich die Frage, ob Nichtigkeitsbeschwerde gegen den auf Einsprache hin ergangenen Kollegialentscheid zulässig sei. Bezüglich der aufschiebenden Wirkung einer Nichtigkeitsbeschwerde gilt dasselbe wie oben: Nichtigkeitsbeschwerde gegen Entscheide einer Kassationsinstanz ist nicht zulässig. Gegen den Entscheid der Rekurs- oder Revisionsinstanz dürfte sie dagegen grundsätzlich

1) Zur Frage, ob die Einsprache ein Rechtsmittel im technischen Sinne sei, vgl. S. 16 f.

2) Gemäss § 122 Abs. 3 GVG 10 Tage

3) § 284 ZPO; Sträuli/Messmer N 1 zu § 284 ZPO, N 3 zu § 286 ZPO

4) Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss, mit dem das Gericht sich über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Revision ausspricht, bejaht durch OGer I. ZivK Nr. 185 K/77 vom 7. Oktober 1977

möglich sein¹⁾. Dabei ist jedoch zu beachten, dass es sich um einen Ermessensentscheid handelt, der kaum geeignet ist, einen Nichtigkeitsgrund²⁾ zu erfüllen³⁾. Damit ist die Nichtigkeitsbeschwerde im Ergebnis praktisch immer ausgeschlossen.

In den seltenen Fällen, wo die Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Erteilung des Suspensiveffektes bei der Revision bzw. gegen den Entzug beim Rekurs also zulässig ist, fragt es sich, welchen Einfluss eine solche auf den angefochtenen Entscheid über die aufschiebende Wirkung habe. Das hängt davon ab, ob der Nichtigkeitsbeschwerde ihrerseits aufschiebende Wirkung erteilt wird oder nicht. Wenn nicht, so bleibt es bei der Anordnung der Vorinstanz, wenn ja, so wird die erteilte aufschiebende Wirkung vorläufig wieder aufgehoben bzw. die entzogene wieder erteilt. Nicht möglich ist es dagegen, dass eine nicht erteilte aufschiebende Wirkung auf diesem Wege angeordnet wird.

III Der Entzug des Suspensiveffektes

1. Rechtsmittel, bei denen der Suspensiveffekt entzogen werden kann

Die Möglichkeit des Entzuges der zunächst automatisch eingetretenen Suspensivwirkung besteht beim Rekurs⁴⁾. Daneben kommt ein Entzug auch bei Nichtigkeitsbeschwerde und Revision in Frage, auch wenn es das Gesetz bei diesen Rechtsmitteln nicht ausdrücklich sagt. Es folgt dies aus dem Grundsatz, dass prozessleitende Ent-

1) Vgl. Caliezi S. 97 f.; ZR 55 Nr. 96

2) §§ 282 i. V. m. 281 ZPO

3) ZR 65 Nr. 132; Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 41. Als möglicher Fall einer erfolgreichen Nichtigkeitsbeschwerde wird jener genannt, dass ein Richter, der einen Ausschlussgrund erfüllt, entscheidet.

4) § 275 ZPO

scheide – gewisse Ausnahmen vorbehalten – durch das Gericht geändert werden können¹⁾. Es handelt sich beim Entscheid über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung um einen prozessleitenden Entscheid, also kann dieser Entscheid auch abgeändert werden, ein erteilter Suspensiveffekt kann also später wieder entzogen werden²⁾.

2. Rechtsmittel, bei denen kein Entzug möglich ist

Es handelt sich dabei um die Berufung. Sie hat automatischen Suspensiveffekt und das Gesetz sieht keinen Entzug vor.³⁾ Sachlich erscheint dieser Unterschied zum Rekurs als nicht gerechtfertigt. Einerseits ist gegen die geltende Regelung einzuwenden, dass sie eine missbräuchliche Verschleppung der Vollstreckung ermöglicht. Erhebt nämlich der zur Leistung erstinstanzlich verurteilte Beklagte einzig zu diesem Zweck eine haltlose Berufung, so ist nur schwer einzusehen, weshalb dieser der Suspensiveffekt nicht soll entzogen werden können. Es würde dies dem Charakter der Berufung nicht zuwiderlaufen, der darin besteht, eine Fortsetzung des Prozesses vor der Rechtsmittelinstanz zu ermöglichen⁴⁾. Diesem entspricht der automatische Eintritt. Die Möglichkeit eines Entzuges jedoch ist dadurch nicht ausgeschlossen, sondern lediglich dahingehend eingeschränkt, dass der Suspensiveffekt nur in Fällen offenbaren Missbrauchs soll entzogen werden können.

Andererseits ist festzustellen, dass, wenn man Berufung und Rekurs vergleicht, diese wohl in grundsätzlicher Weise verschiede-

1) Guldener S. 363

2) Vgl. auch die Praxis des Zürcher Obergerichtes, wonach die aufschiebende Wirkung oft "einstweilen" erteilt wird, in der Meinung, es werde später nach Anhörung der Gegenpartei erneut darüber entschieden. Vgl. etwa die Entscheide des OGer II. Zivilkammer vom 22. April 1975, 7. Oktober 1975 (nicht publiziert).

3) § 260 ZPO, Art. 54 Abs. 2 OG

4) Guldener S. 505

nen Zielen dienen: die Berufung der Fortsetzung des Prozesses in zweiter Instanz, der Rekurs dagegen eigentlich der Anfechtung prozessleitender Entscheide¹⁾. Es handelt sich dabei um Leitbilder für den Gesetzgeber, die in der positiven gesetzlichen Regelung nicht umfassend verwirklicht wurden. So ist der Rekurs neben seinem ursprünglichen Anwendungsbereich auch zulässig gegen Urteile der Mietgerichte²⁾. Ausserdem ist das Verfahren, insbesondere was die Ueberprüfungsbefugnis, das Novenrecht und den Eintritt der aufschiebenden Wirkung anbelangt, der Berufung stark angeglichen³⁾. Ist dem aber so, so ist eine unterschiedliche Regelung des Entzuges der aufschiebenden Wirkung nicht zwingend geboten.

De lege ferenda ist also die Möglichkeit eines Entzuges der aufschiebenden Wirkung auch bei der Berufung zu begrüssen.

3. Verfahren des Entzuges

In bezug auf die Zuständigkeit, die Frage des Entzuges von Amtes wegen und die Rechtsmittel gegen den Entzug kann auf das oben zur Erteilung Gesagte verwiesen werden⁴⁾.

In bezug auf die Kriterien, von denen der Entzug abhängt, ist zu unterscheiden zwischen dem Rekurs einerseits und der Nichtigkeitsbeschwerde und Revision andererseits.

a) Entzug des Suspensiveffektes beim Rekurs

Die erwähnte Regelung der aufschiebenden Wirkung beim Rekurs besteht erst seit der Einführung der neuen ZPO vom 13. Juni 1976. Der Entscheid über deren Entzug liegt im Ermessen des Vorsitzen-

1) Guldener S. 505, 506

2) § 271 Ziff. 1 ZPO

3) §§ 275, 278, 279 ZPO; vgl. Sträuli/Messmer N 1 Vorb. zu § 271 ZPO

4) Vgl. S. 27, 41 ff., 47 ff.

den¹⁾. Die II. Zivilkammer des Obergerichtes hat in einer seither entwickelten Praxis dieses Ermessen dahingehend konkretisiert, dass ein Entzug sich nur dann rechtfertige, wenn der rekurrierenden Partei durch den Suspensiveffekt ein ganz offensichtlich unverdienter Rechtsschutz gewährt würde²⁾. Dies sei z.B. dann der Fall, "wenn sich schon nach summarischer Prüfung der Akten zeigt, dass mit einer Gutheissung des Rekurses aller Voraussicht nach nicht zu rechnen ist." 3)

Es wird also auch hier das Kriterium der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels herangezogen. Ist ein Durchdringen des Rechtsmittels unwahrscheinlich, so legt das einen Entzug der Suspensivwirkung nahe und umgekehrt. Gefordert werden dürfte aber doch eine erhebliche Wahrscheinlichkeit, dass das Rechtsmittel nicht zum Erfolg führen wird.

Hier nun, wenn es um den Entzug der zunächst einmal automatisch eingetretenen Suspensivwirkung geht, ist eine etwas einlässlichere Prüfung als bei der Erteilung möglich. Zum einen entfällt hier die Notwendigkeit, mit grösster Schnelligkeit zu entscheiden, weil durch den ja schon bestehenden Suspensiveffekt eine vorzeitige Vollstreckung des angefochtenen Entscheides nicht möglich ist. Grund zur Eile besteht höchstens dann, wenn dem Kläger infolge der Nichtvollstreckbarkeit des vorinstanzlichen Entscheides ein Nachteil droht. Zum anderen dürfte – auch dies im Gegensatz zur Lage bei der Erteilung – dem Gericht ein umfassenderes Aktenmaterial vorliegen⁴⁾

1) Sträuli/Messmer N 4 zu § 275 ZPO

2) Unveröffentlichte Präsidialverfügungen der II. Zivilkammer des Obergerichtes vom 11. März 1977 (Nr. 52 A/77), 25. April 1977 (Nr. 40 A/77 und 76 A/77), 3. Juni 1977 (Nr. 84 A/77), 24. August 1977 (Nr. 171 A/77), 3. Oktober 1977 (Nr. 188 A/77), 25. November 1977 (Nr. 271 A/77), 27. März 1979 (Nr. 44 A/79)

3) Insbesondere unveröffentlichte Präsidialverfügungen vom 3. Oktober 1977 (Nr. 188 A/77) und 25. November 1977 (Nr. 271 A/77), ferner vom 3. Juni 1977 (Nr. 84 A/77), 27. März 1979 (Nr. 44 A/79)

4) Rekursantwort der Gegenpartei, Akten der Vorinstanz usw.

und es besteht, weil es nicht eilt, die Möglichkeit, eine Stellungnahme der Gegenpartei zur Frage der aufschiebenden Wirkung abzuwarten.

Neben diesem Kriterium der Rechtsmittelaussichten dürfte auch hier die Frage nach drohenden Nachteilen eine entsprechende Rolle spielen¹⁾. Dabei dürfte das oben Ausgeführte²⁾ sinngemäss gelten.

b) Entzug des Suspensiveffektes bei Nichtigkeitsbeschwerde und
Revision

Der Unterschied zum Rekurs liegt darin, dass hier notwendigerweise ein Entzug gleichzeitig eine Abänderung eines gerichtlichen Entscheides bedeutet: die Suspensivwirkung tritt nur auf besondere Anordnung hin ein, wird sie wieder entzogen, so wird der Entscheid, mit dem sie erteilt wurde, abgeändert. Die Erteilung erfolgt, wie oben schon gesagt, aufgrund nur spärlicher Unterlagen und unter Zeitdruck. Stehen später umfangreichere Unterlagen zur Verfügung und fällt der Zeitdruck weg, so ist es denkbar, dass das Gericht es aufgrund erneuter Prüfung als angebracht findet, die Suspensivwirkung doch nicht zu gewähren. Alsdann ergeht ein neuer Entscheid, mit dem diese wieder entzogen wird.

Die Kriterien aber, anhand derer der Entscheid über den Entzug zu finden ist, bleiben hier dieselben wie beim Rekurs. Sachlich geht es um dieselbe Fragestellung. Dass im einen Fall ein schon bestehender Entscheid geändert, im anderen dagegen überhaupt zum ersten Mal über diese Frage entschieden wird, ändert daran nichts.

1) Präsidialverfügung des Obergerichtes II. ZivK Nr. 101 A/79 vom 11. Juni 1979

2) Vgl. oben S. 30 ff.

IV Sicherheitsleistung

1. Anwendungsbereich

Bei verschiedenen Rechtsmitteln ist vorgesehen, dass Erteilung bzw. Entzug der aufschiebenden Wirkung von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden könne. Das ist der Fall bei Rekurs, Nichtigkeitsbeschwerde und Revision¹⁾, sowie bei der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde²⁾. Es sind dies jene Rechtsmittel, bei denen eine besondere Anordnung in bezug auf den Suspensiveffekt notwendig oder doch möglich ist. Entsprechend ist die Verknüpfung der aufschiebenden Wirkung mit einer Sicherheitsleistung bei jenen Rechtsmitteln nicht vorgesehen, wo dieser automatisch eintritt und ein Entzug nicht in Frage kommt³⁾.

2. Zweck der Sicherheitsleistung

Die Sicherheitsleistung kann grundsätzlich zwei verschiedenen Zwecken dienen: erstens der Sicherung der Vollstreckung, die durch die Erteilung der aufschiebenden Wirkung hinausgeschoben wird oder zweitens der Sicherung des Haftungssubstrates für den Fall, dass durch die aufschiebende Wirkung ein Schaden entsteht. Wird z.B. ein Berufungsentscheid des Obergerichtes, in dem der Beklagte zur Herausgabe eines Automobils verurteilt wird, von diesem mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten und wird Suspensiveffekt erteilt, so würde eine Sicherstellung im Hinblick auf die künftige Vollstreckung⁴⁾ etwa in einer Hinterlegung des Autos bzw. eines entsprechenden Geldwertes bestehen. Daneben ist aber denkbar, dass der Kläger in-

1) §§ 275, 286, 294 ZPO

2) Art. 70 Abs. 2 OG

3) Kantonale Berufung (§ 260 ZPO) und Berufung ans Bundesgericht (Art. 54 Abs. 2 OG)

4) Im Falle, dass die Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen wird.

folge des Aufschubes der Vollstreckung gezwungen ist, ein gemietetes Ersatzfahrzeug weiterhin zu behalten und dadurch weiteren Schaden erleidet. Ein solcher Schaden dürfte oft den Wert des Streitgegenstandes überschreiten.

Es fragt sich nun, ob die Sicherstellungspflicht nur die Sicherung der Vollstreckung oder nur den Schaden oder beides beschlägt.

a) Sicherung der Vollstreckung

Soll die Sicherheitsleistung diesem Zwecke dienen, so muss sie darin bestehen können, dass z.B. die Sache, auf deren Herausgabe geklagt wurde, oder ein entsprechender Geldbetrag hinterlegt wird. Dabei handelt es sich inhaltlich um eine vorsorgliche Massnahme. Diese nämlich sind – unter anderem – für die Sicherung einer allfälligen Vollstreckung gedacht¹⁾ und können insbesondere den hier zur Diskussion stehenden Inhalt haben²⁾. Vorsorgliche Massnahmen aber können im Rechtsmittelverfahren ohnehin angeordnet werden, ohne dass es dazu einer ausdrücklichen Vorschrift bedarf³⁾. Daraus ist nun zweierlei zu schliessen möglich: erstens, dass angesichts der allgemeinen Befugnis zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Rechtsmittelverfahren eine ausdrückliche Bestimmung sich erübrige und daher mit "Sicherheitsleistung" solche nicht gemeint sein könnten. Zweitens liesse sich das Gegenteil damit rechtfertigen, dass man sagt, die ohnehin schon bestehende Befugnis schliesse es nicht aus, dass in Spezialfällen – und um einen solchen handelt es sich hier – konkretisierende Bestimmungen aufgestellt würden.

Für die Annahme, dass mit "Sicherheitsleistung" solche im Hinblick auf die allfällige spätere Vollstreckung gemeint sei, spricht, dass das Gesetz sie im Zusammenhang mit der aufschiebenden Wir-

1) Guldener S. 574

2) Sträuli/Messmer N 16 zu § 110 ZPO

3) Vgl. Sträuli/Messmer N 33 zu § 110 ZPO, wonach die Rekursinstanz nach Einlegen des Rechtsmittels zuständig ist. Bei Nichtigkeitsbeschwerde und Revision bleibt das Gericht, das den angefochtenen Entscheid gefällt hat, zuständig (§§ 286 Abs. 2, 294 ZPO).

kung nennt. Letztere beschlägt in der Regel die Vollstreckung, und wenn in diesem Zusammenhang von Sicherheitsleistung die Rede ist, so dürfte die Annahme naheliegen, dass auch damit die Vollstreckung ins Auge gefasst sei. Das würde die Aussage erlauben, dass Sicherheitsleistung in jenen Fällen zu verlangen sei, wo unklar ist, ob Suspensiveffekt erteilt werden solle¹⁾ und damit die Folgen der erteilten aufschiebenden Wirkung im Falle einer Verwerfung des Rechtsmittels gemildert werden können. Es erscheint dies als eine mögliche und sinnvolle Auslegung.

Gegen die genannte Annahme sprechen folgende Argumente: Erstens kann man von der Feststellung ausgehen, dass es sich der Sache nach um vorsorgliche Massnahmen handelt. Dann aber fragt es sich, weshalb das Gesetz nicht diesen Ausdruck benützt, sondern von Sicherheitsleistung spricht, ja sogar in § 294 beide Ausdrücke verwendet. Dem könnte jedoch entgegengehalten werden, dass Sicherheitsleistung nur eine von verschiedenen möglichen vorsorglichen Massnahmen sei²⁾ und dass das Gesetz eben diese hier betonen wolle. Zweitens würde die Kompetenz zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen bei der Nichtigkeitsbeschwerde durchbrochen, soweit Sicherheitsleistung als vorsorgliche Massnahme angeordnet werden soll. Es gilt nämlich die Regel, dass jene Instanz, die den angefochtenen Entscheid gefällt hat, dazu zuständig ist³⁾. Hier nun wäre die Kassationsinstanz kompetent, soweit es um eine Sicherheitsleistung geht. Schliesslich kann mit den einschlägigen Vorschriften bei den vorsorglichen Massnahmen⁴⁾ verglichen und gesagt werden, wenn schon dort mit Sicherheitsleistung solcher für Schaden gemeint sei, dann auch hier.

Insgesamt erscheinen beide Auslegungen als möglich, wobei

1) Vgl. oben S. 36 ff.

2) Vgl. Guldener S. 579 ff., Sträuli/Messmer N 12 ff. zu § 110 ZPO

3) § 286 Abs. 2 ZPO

4) § 227 ZPO

m.E. die erste vorzuziehen ist, wonach die Sicherheitsleistung zur Sicherung der allfälligen künftigen Vollstreckung dienen soll¹⁾. Dabei ist aber noch folgendes anzufügen: Soweit es um die Anfechtung eines Urteils auf Geldleistung geht, ist eine Sicherstellung im Hinblick auf die Vollstreckung nicht zulässig. Die Vollstreckung von Geldforderungen und damit auch Massnahmen zu deren Sicherung richten sich nach dem SchKG²⁾. Das schliesst aus, dass das kantonale Prozessrecht solche Massnahmen vorsehen kann³⁾.

b) Sicherheitsleistung für Schaden, der aus der aufschiebenden
Wirkung resultiert

Eine Sicherheitsleistung im Hinblick auf Schaden, der infolge der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entsteht, erscheint als sinnlos, solange nicht eine einschlägige Schadenersatzpflicht besteht. Dass der Bestand einer solchen hier aber fraglich ist, geht aus einem Vergleich mit den diesbezüglichen Vorschriften bei den vorsorglichen Massnahmen⁴⁾ hervor. Dort ist eine solche Schadenersatzpflicht ausdrücklich vorgesehen für den Fall, dass durch eine zu Unrecht⁵⁾ ausgesprochene Massnahme der Gegenpartei Schaden entsteht. Für diesen Schaden kann bei Erlass der Massnahme Sicherstellung verlangt werden. Dies ist durch den Wortlaut von § 227 ZPO

1) Zu beachten sind dabei auch die Schwierigkeiten, die sich der Annahme einer Sicherheitsleistung für Schaden entgegenstellen, vgl. unten S. 61

Für diese Lösung ferner offenbar auch Sträuli/Messmer N 5 zu § 275 ZPO, wo als Beispiel die Hinterlegung des geschuldeten Mietzinses angeführt wird. Zu bemerken ist allerdings, dass das Beispiel dann fehlerhaft ist, wenn dieser den Streitgegenstand bildet, weil dann das SchKG massgebend ist. A.A. offenbar OGer II. ZivK Nr. 52 A/77, Präsidialverfügung vom 11. März 1977.

2) Dieses sieht als Sicherungsmittel nur provisorische Pfändung, Güterverzeichnis und Arrest vor, Meier SchKG S. 149 f.

3) Sträuli/Messmer N 5 zu § 110 ZPO

4) §§ 227, 230 ZPO

5) Bei nicht bestehendem oder nicht fälligem Anspruch (§ 230 ZPO)

ausdrücklich klargestellt.

Eine entsprechende Bestimmung fehlt beim Suspensiveffekt. Es fragt sich, ob § 230 ZPO analog angewandt werden könnte. Obwohl die Institute des Suspensiveffektes und der vorsorglichen Massnahmen ähnliche Zwecke verfolgen¹⁾, dürfte die Frage eher zu verneinen sein. Hätte der Gesetzgeber eine solche doch recht einschneidende Haftung vorsehen wollen, so darf mit Fug angenommen werden, dass diese ausdrücklich statuiert worden wäre. Das Fehlen einer solchen Bestimmung ist damit als qualifiziertes Schweigen anzusehen und es ist eine Kausalhaftung für Schaden, der durch den Suspensiveffekt entsteht, abzulehnen²⁾. Was bleibt, ist eine Haftung gemäss Art. 41 ff. OR. Damit wird es sich aber in aller Regel so verhalten, dass die Widerrechtlichkeit und damit auch ein Schadenersatzanspruch fehlt³⁾. Ebenso dürfte das Verschulden nicht leicht nachzuweisen sein.

Besteht nun also meist keine Schadenersatzpflicht, so ist nicht einzusehen, weshalb für eben diesen Schaden Sicherheit soll verlangt werden können. Es wäre dies für die Parteien lediglich die Illusion eines Schutzes. Konsequenterweise sind daher einer Sicherstellungspflicht für Schaden, der aus der aufschiebenden Wirkung resultiert, Bedenken entgegenzuhalten⁴⁾.

Etwas anderes liesse sich nur bei strenger – und m.E. einseitiger – Beachtung des Gesetzeswortlautes annehmen. Alsdann liesse sich sagen, dass der Gebrauch des Wortes "Sicherheitsleistung" so-

1) Vgl. S. 3 ff.

2) Offenbar gleicher Meinung Sträuli/Messmer N 16 zu § 230 ZPO.

3) Vgl. Sträuli/Messmer N 1-4 zu § 230 ZPO, a.A. Guldener S. 582 Anm. 39

Denkbar wäre eine solche höchstens dann, wenn die Erteilung des Suspensiveffektes auf betrügerische Weise erschlichen wurde. So z.B. dann, wenn der Rechtsmittelbeklagte angibt, durchschlagende Noven vorzubringen, ohne dass solche aber existieren.

4) A.A. jedoch das OGer; Präsidialverfügung II. ZivK Nr. 52 A/77 vom 11. März 1977

wohl in § 227 ZPO als auch in den Bestimmungen über den Suspensiveffekt darauf hindeute, dass beide Male dasselbe, nämlich Sicherheit für Schaden, gemeint sei. Dass dadurch den Parteien ein Schutz lediglich vorgespiegelt wird, liesse sich mit dem Hinweis auf den Rechtszustand nach der alten ZPO bei den vorsorglichen Massnahmen zwar nicht rechtfertigen, doch aber abtun; dort war auch eine Sicherstellung trotz fehlender Schadenersatzpflicht vorgesehen¹⁾.

c) Ergebnis

Die Sicherstellung dient also m.E. vor allem dazu, eine allfällige spätere Vollstreckung zu sichern. Es handelt sich dabei eigentlich um eine vorsorgliche Massnahme, die in Verbindung mit der Erteilung bzw. dem Fortbestand der aufschiebenden Wirkung erlassen werden kann. Ausgeschlossen bleiben dabei aber die Fälle, wo eine Geldleistung den Streitgegenstand des Prozesses bildet.

Eine Sicherstellung für Schaden infolge des Suspensiveffektes erscheint wegen der in aller Regel fehlenden Schadenersatzpflicht als sinnlos.

3. Wann ist Sicherheitsleistung zu verlangen?

a) Die Anordnung einer Sicherheitsleistung dürfte nur da sinnvoll sein, wo ein vollstreckungsfähiger Entscheid²⁾ angefochten wird. Richtet sich das Rechtsmittel dagegen gegen einen Entscheid, der inhaltlich einer Vollstreckung nicht fähig ist, so würde nichts gewonnen; bei Feststellungs- und Gestaltungsurteilen bewirkt die Suspensivwirkung lediglich einen Aufschub des Eintrittes der Rechtskraft³⁾. Dies aber ist eine Wirkung, die nicht durch eine Sicherheitsleistung in ihren Folgen gemildert werden kann, was, wie oben

1) § 298 aZPO; vgl. Sträuli/Messmer N 2 zu § 230 ZPO, wonach ein bloss "trägerischer Schutz" geboten wurde.

2) Vgl. S. 12

3) Vgl. S. 90

ausgeführt, gerade der Zweck der Sicherheitsleistung wäre. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man annehmen wollte, Sicherheit könne auch für Schaden, der durch die Erteilung der aufschiebenden Wirkung entsteht, verlangt werden. Alsdann würde sie einen Sinn bekommen, sofern das Hinausschieben des Rechtskrafteintrittes einen Schaden zur Folge hat.

Vollstreckungsfähig sind Leistungsurteile¹⁾. Diese können auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet sein. Dass zunächst bei Urteilen auf ein Tun eine Sicherheitsleistung in der Regel sinnvoll sein kann, liegt nahe. Wurde z.B. der Beklagte im angefochtenen Entscheid zur Herausgabe einer Sache verurteilt, so kann die Sicherheitsleistung die Folgen der Erteilung der aufschiebenden Wirkung mildern, indem sie ein Haftungssubstrat für den Fall schafft, dass das Rechtsmittel abgewiesen wird und doch noch vollstreckt werden muss. Dennoch kann nicht allgemein gesagt werden, eine Sicherheitsleistung komme bei Leistungsurteilen auf ein Tun in Frage: beim Urteil, das den Arbeitgeber verpflichtet, ein Arbeitszeugnis auszustellen²⁾, erscheint eine solche als sinnlos, weil sie nicht geeignet ist, die Vollstreckung des Urteils³⁾ zu sichern. Dasselbe gilt für andere Urteile auf Abgabe einer Willenserklärung⁴⁾. Hier wird die Erklärung durch den Richterspruch ersetzt⁵⁾, eine Vollstreckung und damit auch eine Sicherheitsleistung erübrigt sich also. Ebenso scheiden Urteile auf Zahlung einer Geldsumme aus⁶⁾.

Bei Urteilen auf Dulden oder Unterlassen kann die geforderte Leistung naturgemäss nicht hinterlegt werden. Die Verletzung einer

1) Vgl. S. 12

2) Art. 330a OR

3) Dazu Guldener S. 629 Anm. 71

4) Vgl. dazu Kummer ZSR 73 S. 163 ff., Sträuli/Messmer zu § 308 ZPO, Haubensak S. 49 ff.

5) § 308 Abs. 1 ZPO

6) Vgl. oben S. 60

Unterlassungspflicht führt aber zu zwei Ansprüchen, für die Sicherstellung in Frage kommt: Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes und Schadenersatz¹⁾. Wurde also der Beklagte z.B. verpflichtet, das Erstellen einer Baute oder kreditschädigende Behauptungen zu unterlassen, so kann, wenn dieser z.B. Nichtigkeitsbeschwerde erhebt und aufschiebende Wirkung verlangt, Sicherheitsleistung für die Kosten einer allfälligen späteren Ersatzvornahme eingefordert werden. Der Schadenersatzanspruch kann nicht sicher gestellt werden, weil es sich dabei um eine Geldleistung handelt, mithin also das SchKG massgebend ist.

Es ergibt sich also, dass Sicherheitsleistung nur bei der Anfechtung von vollstreckbaren Entscheiden, d.h. von Leistungsurteilen verlangt werden kann und innerhalb dieser auch nur dann, wenn dadurch die allfällige Vollstreckung sich sichern lässt. Ausgeschlossen ist die Sicherheitsleistung zudem dann, wenn das Urteil auf eine Geldzahlung gerichtet ist, m.a.W. eine solche den Streitgegenstand bildete.

b) Soweit nun vom Inhalt des angefochtenen Entscheides her eine Sicherstellung in Frage kommt, ist weiter zu fragen, in welchen Fällen eine solche anzuordnen ist. Sie ist verbunden mit der Erteilung bzw. dem Nicht-Entzug der aufschiebenden Wirkung, dürfte also v.a. dort relevant sein, wo Zweifel über die Anordnung des Suspensiv-effektes bestehen. Dies ist insbesondere dort der Fall, wo die Kriterien, die dafür massgebend sind²⁾, sich widersprechen. Das ist z.B. dann der Fall, wenn einerseits die Rechtsmittelaussichten mit mittlerer Wahrscheinlichkeit positiv sind, dagegen aber ein Nachteil bei der Erteilung droht. In solchen Fällen werden die Konsequenzen, die die Erteilung der aufschiebenden Wirkung bei nachfolgender Verwerfung des Rechtsmittels haben kann, gemildert und die Sicherheits-

1) Haubensak S. 57

2) Vgl. S. 27 ff., insbesondere die Tabelle auf S. 40

leistung erscheint als Instrument zum Ausgleich der gegenläufigen Parteiinteressen. Es führt dies dazu, dass die aufschiebende Wirkung zwar erteilt wird, aber doch nicht uneingeschränkt.

4. Art und Höhe der Sicherheitsleistung

a) Die Art der Sicherheitsleistung

Das Gesetz enthält in bezug auf die Prozesskaution eine Bestimmung über die Art, in der diese zu leisten ist¹⁾. Danach kann eine Prozesskaution in bar, durch Hinterlegung solider²⁾ Wertschriften oder durch Bankgarantie geleistet werden. Es fragt sich, ob diese Bestimmung analog auf die Sicherheitsleistung bei Erteilung des Suspensiveffektes anwendbar sei.

Zunächst kann das Gericht, das die Erteilung der aufschiebenden Wirkung von einer Sicherheitsleistung abhängig machen will, diese ohne Zweifel in einer der genannten Arten zulassen. Eine analoge Anwendung von § 79 Abs. 2 ZPO ist aber dennoch abzulehnen, weil er auf die Prozesskaution zugeschnitten ist und sich im vorliegenden Fall als zu eng erweist. So muss es dem Beklagten, der zur Herausgabe einer Sache verurteilt wurde, unbenommen sein, Sicherheit in der Weise zu leisten, dass er die betreffende Sache hinterlegt. Geht es nämlich darum, eine allfällige spätere Vollstreckung zu sichern, so wäre nicht einzusehen, weshalb die wirksamste Art, dies zu tun – eben durch Hinterlegung der geschuldeten Sache selbst – nicht zulässig sein sollte. Es ist also anzunehmen, dass die Art der Sicherheitsleistung freigestellt ist³⁾.

1) § 79 Abs. 2 ZPO; § 227 ZPO regelt die Art der Sicherheitsleistung nicht.

2) D.h. an der Börse kotierte, Sträuli/Messmer N 4 zu § 79 ZPO

3) Vgl. Sträuli/Messmer N 2 zu § 227 ZPO betreffend die Sicherheitsleistung bei vorsorglichen Massnahmen. Ist hier die Art der Leistung freigestellt, so lässt sich daraus der Schluss ziehen, dass dies auch bei der Suspensivwirkung gilt. Vgl. auch Birchmeier N 3 zu Art. 70 OG

b) Die Höhe der Sicherheitsleistung

Die Sicherheitsleistung hat im Blick auf eine allfällige spätere Vollstreckung des angefochtenen Entscheides zu erfolgen. Entsprechend ist – sofern sie in Geld zu leisten ist – ihre Höhe zu bemessen: diese findet ihre obere Grenze im Wert, den die im Falle einer Abweisung des Rechtsmittels geschuldete Leistung verkörpert. Dem Richter wird es jedoch nicht verwehrt sein, weniger zu verlangen.

5. Anordnung einer Sicherheitsleistung von Amtes wegen?

Die Fragestellung unterscheidet sich nicht wesentlich von jener, ob der Suspensiveffekt nur auf Antrag oder aber auch von Amtes wegen erteilt werden könne. Insbesondere handelt es sich um eine analoge Interessenlage. Daher kann auf das an jenem Ort ¹⁾ Gesagte verwiesen werden. Sicherheitsleistung kann somit grundsätzlich nur auf Antrag hin verlangt werden. Der Grundsatz wird relativiert durch die richterliche Fragepflicht ²⁾.

6. Das Verhältnis von Suspensiveffekt und Sicherheitsleistung

Wurde der Suspensiveffekt von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht, so fragt es sich, ob und wie ihr Eintritt bzw. Fortbestand von der Leistung der Sicherheit abhänge.

a) Beim Rekurs

Wird Rekurs erhoben, so kommt diesem zunächst automatisch Suspensiveffekt zu. Dieser kann aber entzogen oder in seinem Fortbestand von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden ³⁾. Ist letzteres der Fall, so wird der betreffenden Partei Frist angesetzt,

1) Vgl. oben S. 41 ff.

2) Vgl. oben S. 45 f.

3) § 275 ZPO

um die geforderte Sicherheit beizubringen. Gleichzeitig ist für den Fall der Nichtleistung der Entzug des Suspensiveffektes anzudrohen. Lässt die Partei diese Frist ungenutzt verstreichen, so hat das Gericht die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Dies kann in der Form einer Präsidialverfügung geschehen¹⁾.

b) Bei Nichtigkeitsbeschwerde, Revision und eidgenössischer
Nichtigkeitsbeschwerde

Es sind dies Rechtsmittel, bei denen aufschiebende Wirkung nur auf besondere Anordnung hin eintritt. Wird diese von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht, so ergeben sich zwei Möglichkeiten: erstens kann zunächst nur die Sicherheitsleistung verlangt und erst, wenn diese geleistet wurde, die aufschiebende Wirkung erteilt werden. Zweitens ist denkbar, dass mit der gleichen Verfügung Suspensiveffekt erteilt und Sicherheitsleistung verlangt wird, jedoch unter der Androhung, dass im Falle der Nichtleistung der Sicherheit die aufschiebende Wirkung wieder entzogen würde.

Der Wortlaut der Gesetze scheint in diesem Punkt uneinheitlich: während die ZPO formuliert, dass "die Erteilung der aufschiebenden Wirkung ... von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden"²⁾ bzw. dass das Gericht "allenfalls gegen Sicherheitsleistung aufschiebende Wirkung erteilen..." könne³⁾, lautet Art. 70 Abs. 2 OG etwas anders: "Auf Begehren kann der Präsident des Bundesgerichtes den Vollzug ... aufschieben und dies von einer Sicherheitsleistung abhängig machen." Die Formulierungen der ZPO legen eher die erste Variante nahe. Kann nämlich die Erteilung der aufschiebenden Wirkung von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden, so spricht das bei genauer Beachtung des Wortlautes eher dafür, dass jene erst erteilt werden darf, wenn diese schon geleistet ist. Weniger klar ist dagegen der Wortlaut des OG. Eindeutige Schlüsse las-

1) § 122 Abs. 3 GVG

2) § 286 ZPO

3) § 294 ZPO

sen sich immerhin aus dem Wortlaut nicht ziehen ohne Gefahr zu laufen, Spitzfindigkeiten zu erliegen.

Eine Beachtung der Interessenlage führt eher zu einer Bejahung der zweiten Variante. Der Suspensiveffekt kann nämlich oftmals nur dann seine volle Wirksamkeit entfalten, wenn er schnell erteilt wird. Andernfalls ist es möglich, dass der angefochtene Entscheid bei seiner Erteilung schon vollstreckt ist. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es also eher als zweckmässig, den Suspensiveffekt sofort einstweilen zu erteilen, um nach Ablauf der Frist zur Sicherheitsleistung allenfalls wieder darauf zurückzukommen. Diese Argumentation wird jedoch durch die Feststellung relativiert, dass Sicherheitsleistung wohl meist in unklaren Fällen angeordnet wird¹⁾. Als dann besteht aber ein Widerstreit zwischen Interessen des Klägers und des Beklagten, ohne dass der einen Partei – aufgrund relativ klarer Rechtsmittelchancen – der Vorzug eingeräumt werden könnte. Dem Bedürfnis des Beklagten nach schneller Erteilung der aufschiebenden Wirkung kann also ein ebenso sehr ins Gewicht fallendes Interesse des Klägers an einer schnellen Vollstreckung entgegenstehen.

Für diese zweite Lösung spricht auch die Ueberlegung, dass das Gericht ja befugt ist, Suspensiveffekt überhaupt ohne Sicherheitsleistung zu erteilen. Ist dem so, so kann in maiore minus angenommen werden, die aufschiebende Wirkung könne zusammen mit der Verfügung betreffend Sicherheitsleistung einstweilen erteilt werden.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass sich keine der beiden Möglichkeiten zwingend aufdrängt und die andere ausschliesst. Es dürfte mithin dem Gericht freistehen, dasjenige Vorgehen zu wählen, das den Umständen des konkreten Falles am besten angemessen ist.

1) Vgl. oben S. 59, 64

V Suspensiv-effekt bei unzulässig eingelegtem Rechtsmittel

1. Unzulässiges Rechtsmittel

Ein Rechtsmittel ist dann unzulässig, wenn es an einer Rechtsmittelvoraussetzung fehlt. Diese sind: Legitimation des Rechtsmittelklägers, Einhaltung der Rechtsmittelfrist, formrichtige Einlegung, Statthaftigkeit und Beschwerde¹⁾. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so ist auf das Rechtsmittel nicht einzutreten²⁾.

2. Rechtsmittel mit automatischem Suspensiv-effekt

Im Falle der Berufung und des Rekurses fragt es sich, ob die Suspensivwirkung nun trotz der Unzulässigkeit des Rechtsmittels eintritt oder nicht.

Allgemein gilt zunächst, dass das Rechtsmittel als wirksam eingelegt gilt, bis das Gericht formell Nichteintreten beschliesst³⁾. Es entfaltet während dieser Zeit seine Wirkungen, mithin auch den Suspensiv-effekt⁴⁾.

Für die Zürcher ZPO folgt dies daraus, dass das erstinstanzliche Urteil bei Einlegen einer unzulässigen Berufung erst dann rechtskräftig wird, wenn auf die Berufung nicht eingetreten wird⁵⁾.

1) Guldener S. 491 ff.; Sträuli/Messmer N 4 ff. vor § 259 ZPO; Walder S. 425 ff.

2) Sträuli/Messmer N 4 vor § 259 ZPO; vgl. auch Guldener S. 504

3) Es verhält sich dabei analog wie beim Fehlen einer Prozessvoraussetzung bei Erhebung einer Klage oder der Vornahme einer fehlerhaften Partei-handlung. Auch in diesen Fällen ist ein formeller Entscheid des Gerichtes notwendig (Guldener S. 220 Anm. 3, 259 Anm. 4), ansonsten die Klage weiterhin rechtshängig bleibt bzw. die fehlerhafte Partei-handlung beachtlich ist.

4) Guldener S. 486 Anm. 38; Leuch N 1 zu Art. 333 ZPO BE; Müller S. 68; Perrig S. 51; Sträuli/Messmer N 1 zu § 260 ZPO. Anders in bezug auf die Genfer ZPO: Helberg S. 54 f.

5) Sträuli/Messmer N 3 zu § 263 ZPO

Auch eine unzulässige Berufung hemmt also den Eintritt der Entscheidungswirkungen, hat mithin Suspensiveffekt¹⁾.

Nach anderen Prozessgesetzen verhält es sich kraft ausdrücklicher Regelung anders²⁾. Hier hat ein Rechtsmittel nur dann Suspensiveffekt, wenn es zulässigerweise eingelegt wurde, d.h. wenn alle Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt sind. Dieser Regelung scheint mir die Auffassung zugrunde zu liegen, dass ein Rechtsmittel nur dann als wirksam erhoben gilt, wenn es zulässig ist.

Eine Mittelstellung nimmt die Meinung ein, die einem unzulässigen Rechtsmittel zwar grundsätzlich Suspensiveffekt zuerkennt, in gewissen Fällen klarer Unzulässigkeit jedoch das angefochtene Urteil sofort rechtskräftig werden lassen will³⁾.

Für eine – rechtspolitische – Würdigung dieser Lösungen sei zuerst von der an zweiter Stelle dargestellten ausgegangen, wonach Suspensiveffekt nur eintritt, wenn das Rechtsmittel zulässig ist. Die Beurteilung soll aus der Sicht der Vollstreckung erfolgen, da dies wohl den praktisch wichtigsten Fall darstellt. Hier muss es darum gehen, festzustellen, ob mit hinlänglicher Leichtigkeit auszumachen ist, ob deren Voraussetzungen gegeben sind. Gerade dies aber kann fraglich sein: es lassen sich leicht Beispiele finden, wo nicht von

1) Vgl. Perrig S. 51, der für den Kanton Wallis in gleicher Weise argumentiert. Ausgangspunkt ist hier Art. 283 Abs. 3 ZPO VS, wonach das angefochtene Urteil mit der Mitteilung des Nichteintretensentscheides in Rechtskraft erwächst.

2) Z.B. Art. 54 Abs. 2 OG für den Bund, dazu Birchmeier N 3b zu Art. 54 OG; Helberg S. 55 für den Kanton Genf.

3) Perrig S. 51, wonach der Grundsatz, dass die Rechtskraft auch durch ein unzulässiges Rechtsmittel gehemmt werde, mit Bezug auf die Frist nur dann gelten kann, "wenn ein berechtigter Zweifel über das Fehlen dieser Prozessvoraussetzung bestehen kann. Ist ein solcher hingegen vollständig ausgeschlossen, ist also das Rechtsmittel klar und offensichtlich verspätet, so vermag es die Rechtskraft nicht mehr zu hemmen ... Wollte man das Gegenteil annehmen, so hiesse das der Verschleppung des Urteilsvollzuges Tür und Tor öffnen."

Vgl. auch BGE 100 III 79

vorne herein klar ist, ob die Rechtsmittelvoraussetzungen gegeben sind¹⁾. In einem solchen Fall ist es schwierig zu entscheiden, ob das Rechtsmittel zulässig ist, bevor das damit befasste Gericht sich zu der Frage geäußert, m.a.W. über das Eintreten entschieden hat. Dies zumal dann, wenn das Rechtsmittelgericht die Zulässigkeit in einem Zweifelsfall bejaht, dies aber nicht durch einen formellen Beschluss tut²⁾. Alsdann dauert die Unsicherheit an. Daraus ergibt sich, dass die genannte Regelung problematisch sein kann. Sicherheit über die Zulässigkeit herrscht oft erst dann, wenn das Rechtsmittelgericht sich dazu in bindender Weise ausgesprochen hat, d.h. über Eintreten oder Nichteintreten Beschluss gefasst hat. Ist dem aber so, so kann erst in diesem (späten) Zeitpunkt rückblickend zuverlässig beurteilt werden, ob das Rechtsmittel gültig eingelegt war und mithin Suspensiveffekt hatte oder nicht. Hält man sich nun vor Augen, dass der Vollstreckungsrichter wohl erst dann vollstrecken bzw. eine Rechtskraftbescheinigung erst dann ausgestellt wird, wenn sicher ist, dass die Rechtskraft eingetreten ist, so kommt das praktisch auf dasselbe hinaus, wie wenn dem Rechtsmittel auf jeden Fall Suspensiveffekt zukommt, bis das Rechtsmittelgericht allenfalls darauf nicht eingetreten ist. Wohl gilt dies nur da, wo über die Zulässigkeit des Rechtsmittels Zweifel erlaubt sind. Das bewirkt aber, dass in einem Fall (bei offenkundiger Unzulässigkeit des Rechtsmittels) die

1) So etwa, wenn ein Dritter gegen das Urteil ein Rechtsmittel einlegt. Ob er dazu befugt ist, kann unklar sein (vgl. Guldener S. 492). Oder es ist nicht liquid, ob die Frist eingehalten wurde, wenn z.B. die Eingabe den Poststempel des dem Fristablauf folgenden Tages trägt, der Rechtsmittelkläger jedoch geltend macht, er habe die Sendung am Vortag kurz vor Mitternacht in den Briefkasten geworfen (vgl. die Sachverhalte in B1SchK 38 S. 181 Nr. 49, 39 S. 20 Nr. 8: beides Fragen des betriebsrechtlichen Fristenlaufs, die dem Bundesgericht zur Beurteilung vorlagen und die sich auch in bezug auf Rechtsmittel denken lassen). Oder die Bestimmung des Streitwertes bietet Schwierigkeiten usf.

2) Sträuli/Messmer N 2 zu § 263 ZPO

geschilderte Regelung praktisch funktioniert, in einem anderen Fall (bei Zweifeln über die Zulässigkeit des Rechtsmittels) jedoch nicht. Damit aber wird die ganze Regelung in Frage gestellt, weil sie praktisch von vorne herein nur in gewissen Fällen spielen kann¹⁾.

Aus diesen Gründen erscheint die Ordnung, wonach Suspensiv-effekt nur bei zulässigem Rechtsmittel eintritt, als unzweckmässig.

An zweiter Stelle ist nun von der Lösung zu sprechen, die die aufschiebende Wirkung mit der Erhebung eines Rechtsmittels in jedem Fall, also auch wenn dieses unzulässig ist, eintreten lässt. Danach hat das Rechtsmittel Suspensiveffekt, solange es "hängig" ist. Erst mit dem Nichteintretensentscheid des Rechtsmittelgerichtes fällt er weg, als Folge des "Wegfalls" des Rechtsmittels²⁾. Diese Regelung hat den Vorteil, in allen Fällen eine klare Rechtslage zu schaffen. Der unerwünschte Einfluss von Zweifeln über die Zulässigkeit eines Rechtsmittels fällt weg. Damit ist, verglichen mit der obengenannten Lösung, dem Postulat der Rechtssicherheit stärker entsprochen. Freilich ist nicht zu übersehen, dass mit diesem Vorteil auch ein Nachteil verbunden ist: dem Beklagten ist die Möglichkeit gegeben, die Vollstreckung des Urteils hinauszuschieben durch Erheben eines nicht zulässigen Rechtsmittels, das er vielleicht gerade nur zum Zwecke der Verzögerung einlegt³⁾. Dies ist aber m.E. kein durchschlagendes Argument, das den Vorteil der Klarheit aufzuwiegen vermöchte. Zum einen lässt sich die nachteilige Wirkung in Grenzen halten, indem das Rechtsmittelgericht innert kurzer Frist über das Nichteintreten Beschluss fasst. Zum anderen handelt es

1) Vgl. dazu auch Birchmeier N 2b zu Art. 54 OG: "... wird diese Ordnung freilich zur Folge haben, dass der kt. Richter, dem die Erklärung der Vollstreckbarkeit zusteht, vorsichtig zu prüfen hat, ob die Berufung zulässig und rechtswirksam sei, bevor er die Rechtskraft bescheinigt." Eben diese gebotene Vorsicht führt zu den im Text geäusserten Bedenken.

2) Leuch N 1 zu Art. 333 ZPO BE; Müller S. 68; Sträuli/Messmer N 1 zu § 260 ZPO

3) So auch Perrig S. 51

sich hier nicht um die einzige Möglichkeit, den Urteilsvollzug zu verschleppen: dies lässt sich noch besser mit einem zwar zulässigen, jedoch völlig unbegründeten Rechtsmittel erreichen. Zudem dürfte die dieserart gegebene Möglichkeit des Hinderns des Vollzuges meist weniger weitreichende Folgen haben, als eine vorzeitige Vollziehung des Urteils, die dann wieder rückgängig zu machen ist – eine Erwägung, die relevant ist im Falle von Zweifeln über die Zulässigkeit des Rechtsmittels. Gesamthaft scheint mir, dieser – zwar unbestreitbar vorhandene – Nachteil sei in Kauf zu nehmen zugunsten einer klaren und praktisch zu eindeutigen Ergebnissen führenden Regelung, diese also der oben genannten vorzuziehen ist.

Zu untersuchen bleibt nun noch die dritte Variante, die Mittellösung. Sie besteht darin, dass einem unzulässig eingelegten Rechtsmittel zwar grundsätzlich bis zum Nichteintretensentscheid Suspensiveffekt zukommt, jedoch in Fällen, wo offensichtlich ist, dass eine Rechtsmittelvoraussetzung fehlt, die Rechtskraft sofort eintritt¹⁾. Dies hat den Vorteil, den ärgsten Fällen einer Verschleppung der Vollstreckung vorzubeugen, führt aber andererseits nicht zu den Unzukömmlichkeiten, die sich bei der zuerst dargestellten Lösung ergeben insofern, als für die Zweifelsfälle nun eine klare Regelung besteht und eine Ausnahme von diesem Grundsatz nur in offensichtlichen, klar erkennbaren Fällen eintritt. Damit ist m.E. den Erfordernissen der Rechtssicherheit Genüge getan. Andererseits ist aber auch das unbefriedigende Ergebnis vermieden, dass der Beklagte alle Möglichkeiten hat, die Vollstreckung hinauszuschieben.

Aufgrund dieser Ueberlegungen scheint mir, die Mittellösung

1) Perrig S. 51, der in diesem Zusammenhang zwar nur von der Rechtsmittelfrist spricht, vgl. oben S. 70 Anm. 3. Es ist jedoch nicht einzusehen, warum nur ein offenkundig verspätetes Rechtsmittel keinen Suspensiveffekt haben soll, sind doch andere, ebenfalls offensichtliche Fälle des Fehlens einer Rechtsmittelvoraussetzung denkbar; z.B. kantonale Berufung gegen ein Urteil des Kassationsgerichtes, Einlegen eines Rechtsmittels durch einen offensichtlich unbeteiligten Dritten etc.

verdiene den Vorzug, denn sie führt am wenigsten zu Inkonvenienzen.

Diese – rechtspolitische – Auffassung bedarf aber noch der Begründung im positiven Zürcher Prozessrecht. Aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Regelung über den Suspensiveffekt unzulässiger Rechtsmittel in der ZPO kann geschlossen werden, sie wolle dem allgemeinen Grundsatz folgen, wonach ein Rechtsmittel unbekümmert um seine Zulässigkeit Wirkungen entfaltet, bis es zurückgewiesen wird¹⁾. Gesetze, die davon abweichen wollen, pflegen dies ausdrücklich festzulegen²⁾. Dasselbe folgt auch aus einer Analogie zur Regel, wonach die Rechtshängigkeit einer Klage auch bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung eintritt³⁾.

Steht also fest, dass auch unzulässigen Rechtsmitteln Suspensiveffekt zukommt, so fragt es sich weiter, ob die hier befürwortete Ausnahme im Falle des offensichtlichen Fehlens einer Rechtsmittelvoraussetzung positivrechtlich haltbar sei. Direkt lässt sich dazu aus der ZPO nichts entnehmen. Geht man aber von einer Uebersicht über die Regelung des Suspensiveffektes aus, so erkennt man das Bestreben, einer blossen Verschleppung der Vollstreckung entgegenzuwirken. Dies spiegelt sich darin, dass aufschiebende Wirkung nicht allen Rechtsmitteln automatisch zukommt, sondern nur jenen, die entweder eine Fortführung des Prozesses vor zweiter Instanz bewirken, d.h. der Berufung⁴⁾, oder doch eine Ueberprüfung eines Entscheides auf breiter Grundlage zulassen, d.h. dem Rekurs. Es sind dies auch jene Rechtsmittel, die immer unmittelbar an die Ausfällung der Entscheidung anknüpfen und nicht erst nach längerer Zeit erhoben werden können⁵⁾. Nichtigkeitsbeschwerde und Revision haben

1) Guldener S. 486 Anm. 38; Sträuli/Messmer N 1 zu § 260 ZPO; vgl. oben S. 69

2) Vgl. oben S. 70 Anm. 2

3) Guldener S. 232

4) Guldener S. 488 f., 505; Walder S. 430

5) Vgl. Guldener S. 486 f., wonach es naheliege, diesen innert kurzer Frist zu erhebenden Rechtsmitteln (automatischen) Suspensiveffekt beizulegen.

dagegen nur ausnahmsweise aufschiebende Wirkung, und dies eben darum, um die Möglichkeiten zur Hinausschiebung des Vollzuges zu begrenzen¹⁾. Daraus kann geschlossen werden, der Aufschub des Vollzuges eines Urteils solle dort nicht möglich sein, wo die Gefahr des Missbrauchs die berechtigten Interessen an einem Aufschub zu überwiegen droht. Wendet man diese grundlegende Wertung auf die hier gestellte Frage an, so kann damit die genannte Ausnahme begründet werden. Suspensiveffekt soll nur da bestehen, wo es um den Schutz berechtigter Interessen geht, nicht aber da, wo Rechtsmittel zum blossen Zeitgewinn missbraucht werden. Die Einlegung eines offensichtlich unzulässigen Rechtsmittels kann aber nicht anders verstanden werden denn als Missbrauch, und darum soll einem solchen Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung zukommen.

Es erscheint also als vertretbar, auch de lege lata die Mittellösung anzunehmen, so dass gesagt werden kann, es gelte im Kanton Zürich folgende Regelung: Der Berufung und dem Rekurs kommt grundsätzlich automatisch Suspensiveffekt zu, auch wenn sie unzulässigerweise eingelegt werden. Ausnahmsweise aber ist dies nicht der Fall, dann nämlich, wenn die Unzulässigkeit, d.h. das Fehlen einer Rechtsmittelvoraussetzung offensichtlich ist²⁾.

Eine andere Ordnung gilt – wie erwähnt – im Bund: Die Berufung ans Bundesgericht hat nur dann Suspensiveffekt, wenn sie zulässig ist³⁾, d.h. alle Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt sind. De lege ferenda scheint mir dies zu überdenken zu sein⁴⁾.

1) Vgl. Guldener S. 487

2) So z.B. bei kantonaler Berufung gegen ein Urteil des Kassationsgerichts oder bei unzweifelhafter Verspätung des Rechtsmittels. Wird aber in letzterem Falle gleichzeitig mit dem Rechtsmittel ein Wiederherstellungsgesuch eingereicht und erscheint dieses als begründet, so ist jenes nicht zweifelsfrei verspätet.

3) Vgl. oben S. 70 Anm. 2

4) Vgl. oben S. 70 ff.

3. Rechtsmittel ohne automatischen Suspensiveffekt

Es handelt sich hier um die Nichtigkeitsbeschwerde und Revision. Für diese ergeben sich keine Probleme zur Frage, ob sie bei unzulässiger Einlegung Suspensiveffekt entfalten können. Sie hemmen den Eintritt der Rechtskraft ohnehin nur dann, wenn die Rechtsmittelinstanz dies ausdrücklich anordnet. Wurde aber eine solche ausdrückliche Anordnung getroffen, so besteht der Suspensiveffekt unbekümmert darum, ob das Rechtsmittel zulässig ist. Es liegt dann ein prozessleitender Entscheid vor, der gilt, bis er allenfalls widerrufen wird.

Fragen kann man sich lediglich, ob die Rechtsmittelinstanz einem Rechtsmittel, dessen Zulässigkeit unklar ist, Suspensivwirkung erteilen darf, bevor sie über die Zulässigkeit entschieden hat¹⁾. Warum dies nicht möglich sein sollte, ist nicht einzusehen. Es ist z.B. durchaus denkbar, dass der Rechtsmittelkläger ein starkes Interesse daran hat, den Vollzug aufschieben zu lassen, während gleichzeitig Zweifel bestehen, ob sein Rechtsmittel überhaupt zulässig ist²⁾. In einem solchen Fall dürfte die Rechtsmittelinstanz durchaus berechtigt sein, aufschiebende Wirkung vorsorglich zu erteilen, bis über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entschieden ist. Wäre es anders, so bestünde die Gefahr, dass die Erteilung des Suspensiveffektes nach Abklärung der Rechtsmittelvoraussetzungen zu spät käme, weil das Urteil inzwischen schon vollstreckt wurde. Dies in Kauf zu nehmen rechtfertigt sich nicht, kann doch auch dann aufschiebende Wirkung erteilt werden, wenn das Rechtsmittel zwar unzweifelhaft zulässig,

1) Ist das Fehlen einer Rechtsmittelvoraussetzung offensichtlich, wird eine Erteilung des Suspensiveffektes nie zur Diskussion stehen.

2) Es können z.B. Fragen in bezug auf den Streitwert einer näheren Abklärung bedürfen oder es kann sein, dass der Rechtsmittelkläger über die Einhaltung der Frist zum Beweis zuzulassen ist, vgl. oben S. 71 Anm. 1.

materiell jedoch mit gewisser Wahrscheinlichkeit unbegründet ist ¹⁾. Von der Interessenlage der Parteien aus gesehen bedeutet dies aber keinen wesentlichen Unterschied, woraus gefolgert werden kann, dass beide Fälle gleich zu behandeln sind.

4. Nachträgliche Heilung des Mangels einer Rechtsmittelvoraussetzung

Fehlt im Zeitpunkt der Einlegung eine Rechtsmittelvoraussetzung, so ist das Rechtsmittel unzulässig. Es ist jedoch denkbar, dass dieser Mangel nachträglich heilt, so dass das Rechtsmittel ex tunc Gültigkeit erlangt. So z.B., wenn ein Unmündiger ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters das Rechtsmittel einlegt, dieser aber nachher genehmigt. Dies bewirkt eine Heilung des Mangels, und zwar ex tunc ²⁾. Ein anderes Beispiel stellt die Wiederherstellung ³⁾ der Rechtsmittelfrist dar. Hier ist es bei seiner Einlegung verspätet, durch die Wiederherstellung aber heilt dieser Mangel. Es fragt sich, ob und wann in solchen Fällen der Suspensiveffekt eintrete. Dabei interessieren nur jene Rechtsmittel, die automatischen Suspensiv-effekt aufweisen, weil es nur hier an einer ausdrücklichen Anordnung fehlt, die eine klare Entscheidung über Erteilung oder Nichterteilung enthält.

Solange der Mangel einer Rechtsmittelvoraussetzung nicht geheilt ist, ist das Rechtsmittel unzulässig eingelegt. Hat also der gesetzliche Vertreter noch nicht genehmigt oder ist die Wiederherstellung der Rechtsmittelfrist noch nicht gewährt worden, gilt in bezug auf den Eintritt der Suspensivwirkung das oben Angeführte ⁴⁾: grund-

1) Es geht hier nicht darum, ob es sinnvoll erscheint, Suspensiv-effekt zu erteilen, es geht einzig um die rechtliche Zulässigkeit der Erteilung.

2) Guldener S. 130, 286

3) § 199 GVG; vgl. dazu Sträuli/Messmer N 11 vor § 259 ZPO

4) Vgl. oben 2.

sätzlich besteht so lange Suspensiveffekt, bis das Gericht Nichteintreten beschliesst, es sei denn, der Mangel sei offensichtlich.

Heilt der Mangel nachher, so bedeutet das, dass das Rechtsmittel zulässig wird, seine Wirkungen also ex tunc entfaltet. Der Suspensiveffekt tritt also dort, wo es bisher wegen offensichtlichen Fehlens einer Rechtsmittelvoraussetzung nicht bestand, rückwirkend ein.

§ 4 DIE WIRKUNGEN DES SUSPENSIVEFFEKTES

Einleitend wurde festgestellt, dass die Formulierung, wonach der Suspensiveffekt nur Rechtskraft und/oder Vollstreckbarkeit hemme, zu eng sei. Vielmehr bedeute er allgemeine Hemmung von Entscheidungswirkungen¹⁾. Nebst einer Untersuchung der Hemmung von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit ist hier nun der Ort, den Nachweis dafür anzutreten. Zu diesem Zweck soll im folgenden die Bedeutung des Suspensiveffektes bei der Anfechtung von prozesserledigenden und prozessleitenden Entscheiden dargestellt werden. Schliesslich soll unter III auf die Auswirkungen der aufschiebenden Wirkung auf den Bestand vorsorglicher Massnahmen hingewiesen werden.

I Anfechtung prozesserledigender Entscheide

Prozesserledigende Entscheide führen zur (ganzen oder partiellen) Erledigung des Prozesses innerhalb einer Instanz und lassen sich unterteilen in Sach- und Prozessurteile²⁾. Während Sachurteile

1) Vgl. oben S. 3

2) Guldener S. 242

einen Entscheid über den eingeklagten materiellen Anspruch enthalten, betreffen Prozessurteile die Frage, ob ein Sachurteil überhaupt ergehen darf¹⁾.

1. Hemmung der formellen Rechtskraft

Sowohl Sach- als auch Prozessurteile sind der formellen Rechtskraft fähig. Ihre Behandlung kann hier also zusammengefasst erfolgen. Ungeachtet des Gesetzeswortlautes²⁾ soll kritisch gefragt werden, ob Suspensiveffekt überhaupt Hemmung der formellen Rechtskraft bedeuten könne. Dazu gibt es zwei Lehrmeinungen.

Formelle Rechtskraft ist relative Unanfechtbarkeit eines Entscheides. Diese tritt ein, wenn keine suspensiven Rechtsmittel³⁾ mehr zulässig sind⁴⁾. Auszugehen ist nun von folgendem: § 190 Abs. 2 ZPO legt fest, dass die Rechtskraft bei zulässiger Berufung oder zulässigem Rekurs eintritt mit Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. bei Rückzug oder Verzicht auf das Rechtsmittel. Durch Umkehrschluss kann daraus gefolgert werden, dass die Rechtskraft bei Einlegung des Rechtsmittels nicht eintritt. Es findet sich hier also in der Bestimmung, die die Rechtskraft zum Gegenstand hat, eine Regelung des Zeitpunktes ihres Eintrittes. Andererseits findet sich dieselbe Regelung in den Bestimmungen über die Rechtsmittel⁵⁾, indem dort festgelegt ist, dass Berufung und Rekurs Rechtskraft und Vollstreck-

1) Guldener S. 204, 242 f.; Walder S. 251; Walder, Prozesserledigung, S. 1

2) Der durchwegs von einer Hemmung der Rechtskraft spricht.

3) Mit "suspensivem Rechtsmittel" sind jene gemeint, deren aufschiebende Wirkung automatisch eintritt. Nicht suspensiv sind in diesem Sinne jene, wo es einer besonderen Anordnung bedarf. Suspensiv sind demnach Berufung (§ 260 ZPO), Rekurs (§ 275 ZPO) und Berufung ans Bundesgericht (Art. 54 Abs. 2 OG).

4) Vgl. oben S. 6 ff., insb. 10 f.

5) §§ 260, 275 ZPO

barkeit hemmen. Man kann also anhand des Wortlautes des Gesetzes nicht entscheiden, ob der Zeitpunkt des Eintrittes der Rechtskraft bei Entscheiden, gegen die Berufung oder Rekurs offenstehen, durch den Begriff der formellen Rechtskraft selber oder aber durch eine Wirkung des Rechtsmittels (Suspensivwirkung) bestimmt wird.

Für andere Prozessordnungen gilt meist dasselbe¹⁾. Daneben gibt es aber auch Kantone, die bei den Bestimmungen über die Rechtsmittel nichts über den Eintritt der Rechtskraft festlegen, sondern nur bei den Regeln über die Rechtskraft²⁾.

a) In der deutschen Literatur wird vereinzelt ausgeführt, der Suspensiveffekt bedeute keine Hemmung der formellen Rechtskraft, denn dies sei bereits im Begriff der formellen Rechtskraft enthalten³⁾. Es ist nun diese These auf ihre Richtigkeit im schweizerischen Recht zu prüfen.

Auszugehen ist vom Zeitpunkt, in dem die formelle Rechtskraft eintritt, denn Hemmung bedeutete ja Aufschieben dieses Zeitpunktes. Wir fragen also: Lässt sich die Tatsache, dass die formelle Rechtskraft nach Zürcher Prozessrecht bei Einlegung von Berufung oder Rekurs erst mit der Rechtsmittelentscheidung eintritt, der Zeitpunkt ihres Eintrittes mit anderen Worten bis dahin aufgeschoben wird, mit der Suspensivwirkung dieser Rechtsmittel begründen oder ist das nicht nötig?

Formelle Rechtskraft ist relative Unanfechtbarkeit einer Entscheidung, Unanfechtbarkeit nämlich durch suspensive Rechtsmittel.

1) So z.B. OW Art. 196, 262 Abs. 3, 271 Abs. 3 ZPO, NW §§ 82, 224, 228 Abs. 3 ZPO, GL Art. 256, 300 Abs. 2 ZPO, FR Art. 274, 299 ZPO, SO §§ 209, 291 Abs. 4, 300 Abs. 3 ZPO, SH Art. 261, 344, 356 ZPO, AI Art. 123, 268 Abs. 1 ZPO, TG § 140, 282 Abs. 4 ZPO

2) Dies trifft nur z.T. zu bei UR § 222 Abs. 6 ZPO (vgl. aber § 273 Abs. 1) und GR Art. 139 ZPO (vgl. aber Art. 263 Abs. 3). Im übrigen AR Art. 294 ZPO und SG Art. 192 ZPO

3) Blomeyer, Erkenntnisverfahren, S. 507; Gilles S. 163

Betrachtet man nun den Zweck des Institutes der formellen Rechtskraft, so stellt man fest, dass er darin liegt, festzulegen, wann ein Entscheid einen gewissen Grad an Endgültigkeit erreicht hat. Daran werden verschiedene Wirkungen geknüpft: Eintritt der Vollstreckbarkeit, Eintritt der Rechtsänderung bei Gestaltungsurteilen, Beendigung der Rechtshängigkeit und Eintritt der materiellen Rechtskraft¹⁾. Diese Wirkungen setzen alle eines voraus: eine gewisse Bestandessicherheit des Entscheides. Die formelle Rechtskraft dient dazu, festzulegen, wann diese relative Bestandessicherheit gegeben ist und wann nicht. Formell rechtskräftige Entscheide gelten demnach als genügend gesichert, um die genannten Wirkungen daran zu knüpfen, nicht rechtskräftige dagegen nicht. Entscheidend für die Frage der Bestandessicherheit ist also nach dieser Theorie der Begriff der formellen Rechtskraft, denn dieser ist es ja, der sagt, wann ein Urteil formell rechtskräftig wird und wann nicht. Ist festgelegt, dass die formelle Rechtskraft bei Einlegung gewisser Rechtsmittel nicht eintritt, so will das heissen, dass – bildlich gesprochen – die Rechtskraft diese Rechtsmittel als "gefährlich" für den Bestand des Entscheides betrachtet und daher festlegt, dass durch sie anfechtbare Entscheide nicht rechtskräftig werden können.

Man betrachtet also die Frage, wann die formelle Rechtskraft eintritt, vom Zweck des Institutes der formellen Rechtskraft aus und beurteilt die Rechtsmittel aus diesem Gesichtspunkt heraus. Die Rechtsmittel legen – wiederum bildlich gesprochen – ihre Ausgestaltung fest, sie bewerten aber nicht selber ihre Gefährlichkeit für den Bestand des anzufechtenden Entscheides, sondern diese Bewertung nimmt das Institut der formellen Rechtskraft aus seiner Sicht vor.

Man kann also sagen: Der Aufschub des Eintrittes der formellen Rechtskraft ist nicht eine Wirkung des Rechtsmittels, sondern eine dem Zweck des Institutes der formellen Rechtskraft innewohnende Begebenheit. Damit hat man verneint, dass Suspensiveffekt Hemmung

1) Guldener S. 390; Sträuli/Messmer N 8 zu § 190 ZPO

der formellen Rechtskraft bedeutet.

Sagt man nun, die Hemmung des Eintrittes der formellen Rechtskraft bei Einlegung eines suspensiven Rechtsmittels sei nicht auf die Suspensivwirkung dieses Rechtsmittels zurückzuführen, so muss sich daran die Aussage anschliessen, dass auch die Hemmung der Vollstreckbarkeit mit der Suspensivwirkung nichts zu tun hat. Der Eintritt der formellen Rechtskraft ist nämlich Voraussetzung der Vollstreckbarkeit¹⁾. Tritt die Rechtskraft nicht ein, so fehlt es an der Voraussetzung der Vollstreckbarkeit, der Entscheid kann also nicht vollstreckt werden. Dazu bedarf es keiner besonderen Wirkung des Rechtsmittels.

Nach dem Gesagten wäre die Suspensivwirkung für Berufung und Rekurs bedeutungslos. Die Frage nach ihr stellt sich gar nicht, denn das Erforderliche geht ja schon aus der formellen Rechtskraft hervor. Raum für eine Suspensivwirkung bliebe dann nur bei den nicht suspensiven Rechtsmitteln der Nichtigkeitsbeschwerde und der Revision. Gemäss § 190 ZPO sind Entscheide, gegen die weder Berufung noch Rekurs möglich sind, endgültig und werden mit der Fällung rechtskräftig. Die nicht suspensiven Rechtsmittel richten sich damit gegen rechtskräftige (und somit auch vollstreckbare) Entscheide. Gemäss §§ 286, 294 ZPO kann jedoch das Gericht diesen Rechtsmitteln aufschiebende Wirkung erteilen. Dies bewirkt dann eine Hemmung der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit²⁾. Dies kann nun zweifellos als eine echte Wirkung des Rechtsmittels angesehen werden, eben als die Suspensivwirkung.

Diese Theorie dürfte am ehesten bei jenen Prozessrechten passen, die nur bei den Bestimmungen über die Rechtskraft, nicht aber bei jenen über die Rechtsmittel eine Aussage über den Eintritt der Rechtskraft machen. Mit dem Wortlaut des zürcherischen Rechtes

1) § 300 ZPO; Guldener S. 390; Sträuli/Messmer N 1 und 2 zu § 300 ZPO

2) Sträuli/Messmer N 2 zu § 286 ZPO

scheint sie dagegen nicht verträglich zu sein, ist doch hier bei Berufung und Rekurs die Rede von einer Hemmung der Rechtskraft.

b) Nach der gegenteiligen Auffassung, wonach der Suspensiveffekt Hemmung der Rechtskraft bedeutet¹⁾, liesse sich sagen, dass die Tatsache, dass bei Ergreifung eines suspensiven Rechtsmittels die formelle Rechtskraft des Entscheides nicht eintritt, aus dem Charakter des betreffenden Rechtsmittels fliesst. Die massgebenden Normen wären somit jene über die Rechtsmittel, nicht jene über die Rechtskraft. Aus dem Begriff der formellen Rechtskraft liesse sich nichts über den Zeitpunkt ihres Eintrittes ableiten.

Es deckt sich dies mit der oben dargelegten Auffassung, dass die formelle Rechtskraft keine Wirkung, sondern eine Eigenschaft eines Entscheides ist²⁾. Formelle Rechtskraft ist sodann nur die Beschreibung eines Zustandes; des Zustandes einer relativen Unanfechtbarkeit. Daraus folgt aber nicht, wann dieser Zustand eintritt. Dies festzulegen fällt – im Gegensatz zu oben a) – "in die Zuständigkeit" der Regelung der Rechtsmittel. Es wird für jedes Rechtsmittel durch das Gesetz festgelegt, ob die Rechtskraft durch seine Ergreifung gehemmt werde oder nicht. Die Frage nach dem Zeitpunkt des Eintrittes der formellen Rechtskraft nach Ergreifung eines Rechtsmittels ist also eine Frage nach der Ausgestaltung dieses Rechtsmittels. Sie lässt sich nicht aus dem Begriff der formellen Rechtskraft beantworten.

Es führt dies dazu, dass der Suspensiveffekt auch bei Berufung und Rekurs als eine echte Wirkung des Rechtsmittels zu betrachten ist.

1) So offenbar auch: Birchmeier, N 3 a zu Art. 54 OG; Kummer, Grundriss, S. 187; Nikisch S. 463; Rosenberg/Schwab S. 757; Sträuli/Messmer N 13 zu § 190 ZPO

2) Vgl. oben S. 11

c) Würdigung

Ich möchte mich hier zur zweiten Auffassung bekennen, wonach der Suspensiveffekt des Rechtsmittels über den Zeitpunkt des Eintrittes der formellen Rechtskraft entscheidet. Mir scheint, die Frage, ob der Eintritt der Rechtskraft bei Einlegung eines suspensiven Rechtsmittels bis zum Rechtsmittelentscheid aufgeschoben wird oder nicht, gehöre zwangloser zum Bereich der Rechtsmittel. Ob die Rechtskraft durch die Einlegung eines Rechtsmittels beeinflusst werden solle, ist eine Frage, die eng mit der Ausgestaltung des Rechtsmittels zusammenhängt. Der Gesetzgeber hat das einzelne Rechtsmittel und dessen Charakter vor Augen und entscheidet aus diesen Gesichtspunkten heraus, ob eine Suspensivwirkung zum übrigen Charakter des Rechtsmittels passt oder nicht, wobei er hier die gegenläufigen Ziele der materiellen Gerechtigkeit und des Rechtsfriedens, der Rechtssicherheit, gegeneinander abzuwägen hat¹⁾.

Der Zweck des Institutes der formellen Rechtskraft²⁾ ist demnach nicht, festzulegen, wann der Entscheid einen gewissen Grad an Endgültigkeit erreicht hat. Die formelle Rechtskraft beschreibt nur den Zustand, der herrscht, wenn diese Endgültigkeit eingetreten ist. Wann diese aber eintritt, ist eine Frage der Anfechtungsmöglichkeiten, der Rechtsmittel. Es wird dies für das Zürcher Prozessrecht unterstützt durch die Tatsache, dass bei allen Rechtsmitteln eine ausdrückliche Regelung ihrer Auswirkungen auf die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides besteht.

Man kann sich nun fragen, ob denn § 190 Abs. 2 ZPO nicht überflüssig sei. Wenn die Bestimmung des Zeitpunktes des Eintrittes der formellen Rechtskraft Sache der Normen über die Rechtsmittel sein soll, wieso findet sich dann eben eine solche Bestimmung bei der Rechtskraft? Näher betrachtet spricht diese Tatsache nicht gegen den

1) Vgl. die Formulierung bei Guldener S. 486 f., wonach es legislativ naheliege, gewisse Rechtsmittel mit Suspensiveffekt auszustatten.

2) Vgl. oben S. 6 ff.

soeben entwickelten Standpunkt. Wird nämlich das Rechtsmittel nicht ergriffen, so kann es auch keine Wirkungen entfalten. Der Suspensiv-effekt setzt erst dann ein, wenn ein Rechtsmittel ergriffen wird. Die Tatsache aber, dass die Rechtskraft bei der blossen Möglichkeit der Ergreifung eines Rechtsmittels, d.h. während der Rechtsmittelfrist noch nicht eintritt, kann nicht als Suspensiveffekt des Rechtsmittels angesehen werden¹⁾. Hier wird nicht der Eintritt der Rechtskraft gehemmt, d.h. über den normalen Zeitpunkt hinaus verschoben, denn dieser "normale Zeitpunkt" ist noch gar nicht erreicht. Die Bestimmung dieses "normalen Zeitpunktes" aber fällt "in die Kompetenz" der Rechtskraft und wird durch § 190 Abs. 2 ZPO vorgenommen.

Zusammenfassend gilt also folgendes: Von Suspensiveffekt kann erst dann die Rede sein, wenn ein Rechtsmittel ergriffen wurde. Dann aber besteht er darin, dass der Eintritt der formellen Rechtskraft bis zum Rechtsmittelentscheid aufgeschoben wird. Nur in den Kantonen, wo der Zeitpunkt des Rechtskrafteintrittes bei der Einlegung eines Rechtsmittels ausschliesslich in den Bestimmungen über die Rechtskraft geregelt ist, lässt sich die andere Theorie vertreten. Alsdann aber wird der Suspensiveffekt als Rechtsmitteleigenschaft in seiner Bedeutung stark eingeschränkt.

2. Hemmung der materiellen Rechtskraft

Materielle Rechtskraft ist die Verbindlichkeit eines Urteils für spätere Prozesse²⁾. Sie tritt gleichzeitig mit der formellen Rechtskraft ein. Die formelle Rechtskraft ist Voraussetzung der materiellen³⁾. Kann aber materielle Rechtskraft ohne formelle nicht sein,

1) Ebenso Helberg S. 54 f.; a.A. Birchmeier N 3a zu Art. 54 OG; Müller S. 67 f.; Perrig S. 50; Rosenberg/Schwab S. 859; vgl. auch Schaufelberger S. 53

2) Blomeyer, Erkenntnisverfahren, S. 440; Guldener S. 364; Rosenberg/Schwab S. 863; Walder S. 261

3) Bruns S. 347; Rosenberg/Schwab S. 857

so hängt der Zeitpunkt des Eintrittes ersterer von jenem letzterer ab. Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man die strenge Unterscheidung zwischen formeller und materieller Rechtskraft fallenlässt und den Begriff der Rechtskraft als einen einheitlichen auffasst, "dessen zwei Facetten die formelle und die materielle Seite sind"¹⁾. Sodann wäre die Rede allgemein vom Eintritt der Rechtskraft, wovon die formelle und die materielle Seite umfasst würde²⁾. Damit aber kann man sagen, der Suspensiveffekt eines Rechtsmittels bewirke auch die Hemmung des Eintrittes der materiellen Rechtskraft. Hemmt er nämlich den Eintritt der formellen Rechtskraft³⁾, so bedeutet das nach dem soeben Gesagten, dass so lange, als keine formelle Rechtskraft eintritt, auch keine materielle eintreten kann. Das angefochtene Urteil wird also für spätere Prozesse noch nicht verbindlich.

Das bedeutet jedoch nicht, dass die Gefahr eines "widersprechenden" Urteils entsteht. Leiteten nämlich die Parteien einen zweiten Prozess über die gleiche Frage ein, so wäre denkbar – wenn auch aus zeitlichen Gründen unwahrscheinlich –, dass in diesem zweiten Prozess ein rechtskräftiges Urteil gefällt werden könnte, bevor die Rechtsmittelinstanzen im ersten Prozess rechtskräftig geurteilt hätten. Dass dies nicht eintreten kann, folgt aus dem Institut der Rechtshängigkeit.

3. Hemmung der Vollstreckbarkeit

Hier verhält es sich ähnlich wie bei der materiellen Rechtskraft⁴⁾. Ein Entscheid kann erst dann vollstreckt werden, wenn er rechtskräf-

1) Habscheid SJZ 74 S. 202; Mayer S. 104

2) Vgl. Guldener S. 390 f.

3) Vgl. oben S. 85

4) Vgl. oben S. 85 f.

tig ist¹⁾. Somit bedeutet eine Hemmung der Rechtskraft automatisch auch eine Hemmung der Vollstreckbarkeit.

Diese Ordnung leuchtet ein. Vollstreckbar sollen nur solche Entscheide sein, deren Bestand gesichert ist. Es kann nicht die Meinung haben, Entscheide, deren Aufhebung in einem Rechtsmittelverfahren möglich oder gar wahrscheinlich ist, zu vollstrecken, um dann diese Vollstreckung alsbald – nach ergangenem Rechtsmittelentscheid – wieder rückgängig machen zu müssen. Daher muss sich eine Suspensivwirkung eines Rechtsmittels ausser auf die Rechtskraft auch auf die Vollstreckbarkeit beziehen. Insoweit, als der Eintritt der Rechtskraft also Voraussetzung der Vollstreckbarkeit ist, brauchte der Suspensiveffekt gar nicht ausdrücklich auch auf die Vollstreckbarkeit bezogen zu werden²⁾. Es ist dies eine zwingende Folge der Hemmung der Rechtskraft.

Es ist aber nicht so, dass allgemeingültig gesagt werden könnte, die Hemmung der Rechtskraft ziehe die Hemmung der Vollstreckbarkeit nach sich. Die Institute der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit sind nämlich begrifflich unabhängig³⁾. Rechtskraft ist relative Unanfechtbarkeit einer Entscheidung⁴⁾ oder Verbindlichkeit für spätere Prozesse⁵⁾, Vollstreckbarkeit jedoch ist die Bezeichnung für den Zustand, der herrscht, wenn ein Entscheid jene Voraussetzungen erfüllt, von denen die Möglichkeit einer Vollstreckung abhängt⁶⁾. Das heisst aber nicht, dass der Eintritt der Rechtskraft notwendigerweise eine solche Voraussetzung zu sein braucht. Vielmehr hängt dies von der positiven Ausgestaltung der einzelnen Prozessordnungen

1) § 300 ZPO; Benz S. 14; Diem S. 29; Guldener S. 390 bei Anm. 112, S. 617; Pfenninger S. 32; Siegrist S. 4; Walder S. 466

2) Wie das in §§ 260, 275, 286, 294 ZPO geschieht

3) Vgl. Hagenbüchle S. 41, 43; Hofmann S. 2 f.; Mayer S. 133; Rosenberg/Schwab S. 857

4) Vgl. oben S. 6

5) Vgl. oben S. 6

6) Vgl. oben S. 11 ff.

ab. So gibt es z.B. Gesetze, die das Institut der vorläufigen Vollstreckbarkeit kennen¹⁾. Alsdann ist der Eintritt der Rechtskraft keine Voraussetzung der (vorläufigen) Vollstreckbarkeit mehr und die Suspensivwirkung muss dann ausdrücklich auch auf die Vollstreckbarkeit bezogen werden, soll sie auch dafür gelten.

Nicht jeder Entscheid ist inhaltlich einer Vollstreckung fähig. Ob der Suspensiveffekt Hemmung der Vollstreckbarkeit bedeuten kann, hängt also von der Art des angefochtenen Entscheides ab. Dabei sind Leistungsurteile vollstreckungsfähig, nicht aber Feststellungs- und Gestaltungsurteile²⁾ sowie Prozessurteile³⁾. Bei letzteren ist mithin eine Hemmung der Vollstreckbarkeit ausgeschlossen.

In gewissen Fällen kann ein Gestaltungsurteil der weiteren Abwicklung bedürfen⁴⁾. Diese ist aber nicht Vollstreckung. Dass sie trotzdem gehemmt wird, geht daraus hervor, dass der Suspensiveffekt den Eintritt der Rechtskraft und damit der angestrebten Rechtsänderung hindert. Die weitere Abwicklung beruht aber auf der Rechtsänderung. Wird diese gehemmt, so gilt das auch für jene. Es ist dies ein erstes Beispiel dafür, dass die Formulierung, wonach der Suspensiveffekt nur Rechtskraft und Vollstreckbarkeit hemme, zu eng ist⁵⁾.

1) Guldener S. 390 Anm. 112b), S. 617 bei Anm. 8

2) Vgl. oben S. 12

3) Ein Prozessurteil ergeht nur dann, wenn es an einer Prozessvoraussetzung fehlt, d.h. das Prozessurteil ist immer ein abweisendes. Das Prozessurteil beendet den Prozess, indem es auf Nichteintreten schliesst. Das aber enthält nichts, was einer Vollstreckung fähig wäre. Daher kommt keine Hemmung der Vollstreckbarkeit in Frage.

4) Guldener S. 213 bei Anm. 29; Walder S. 246

5) Vgl. oben S. 3

4. Erstreckung der Rechtshängigkeit

Der Zustand der Rechtshängigkeit eines Prozesses wird beendet – und abgelöst – durch den Eintritt der Rechtskraft¹⁾. Massgebender Zeitpunkt ist der Eintritt der Rechtskraft. Schiebt nun der Suspensiveffekt eines Rechtsmittels den Eintritt der Rechtskraft auf, so verlängert er damit notwendigerweise den Zustand der Rechtshängigkeit. Es ist dies eine Folge der Hemmung des Eintrittes der Rechtskraft.

Dies bedeutet, dass infolge des Suspensiveffektes die Klageänderung nur beschränkt zulässig bleibt, der Streitgegenstand grundsätzlich nicht verändert werden darf und die Klage nicht unter Vorbehalt der Wiedereinbringung zurückgezogen werden darf, sowie, dass die Möglichkeit der Einrede der Rechtshängigkeit bestehen bleibt²⁾.

5. Zusammenfassung

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Suspensiveffekt bei den verschiedenen Arten von prozesserledigenden Entscheiden folgende Wirkungen hat:

a) Sachurteile

aa) Leistungsurteile

Solche sind einer Vollstreckung fähig, also wird durch den Suspensiveffekt nebst der Rechtskraft auch die Vollstreckbarkeit gehemmt.

Wird also z.B. eine Klage auf Herausgabe einer Sache oder auf Duldung eines Wegrechtes gutgeheissen, so hat der Suspensiveffekt eines dagegen eingelegten Rechtsmittels zur Folge, dass die Rechtskraft nicht eintritt, d.h. dass konkret noch keine Pflicht zur Heraus-

1) Blomeyer, Erkenntnisverfahren, S. 230; Guldener S. 240; Nikisch S. 177; Popper S. 13; Rosenberg/Schwab S. 540

2) Vgl. § 107 ZPO, Guldener S. 230

gabe bzw. Duldung besteht. Demzufolge kann auch noch keine Vollstreckung Platz greifen.

Wurde die Klage dagegen abgewiesen, so trägt der Entscheid den Charakter eines Feststellungsurteiles. Die Hemmung der Rechtskraft bewirkt, dass die Feststellung des Fehlens einer Leistungsbzw. Duldungspflicht noch nicht "gilt". Eine Hemmung der Vollstreckbarkeit kommt nicht in Frage, weil es Feststellungsurteilen am vollstreckungsfähigen Inhalt gebricht. Dagegen wird die Rechtshängigkeit erstreckt, was insbesondere ein Weiterbestehen des grundsätzlichen Verbotes, den Streitgegenstand zu verändern, bewirkt.

bb) Feststellungsurteile

Bei der Anfechtung von Feststellungsurteilen wird die Rechtskraft gehemmt. Das hat sowohl bei klagegutheissendem wie -abweisendem Entscheid zur Folge, dass die Feststellungswirkung nicht eintritt. Eine Hemmung der Vollstreckbarkeit ist dagegen nicht möglich, weil Feststellungsurteile einer solchen - abgesehen vom Kostenentscheid - nicht fähig sind.

cc) Gestaltungsurteile

Bei Gestaltungsurteilen erfolgt wiederum eine Hemmung der Rechtskraft, nicht aber der (nicht möglichen) Vollstreckbarkeit. Dadurch tritt die angestrebte Rechtsänderung nicht ein und eine allfällige weitere Abwicklung kann noch nicht stattfinden. Allfällige von der Vorinstanz angeordnete vorsorgliche Massnahmen bleiben bestehen¹⁾.

Wird die Gestaltungsklage abgewiesen, so handelt es sich wiederum um ein Feststellungsurteil mit den dort bezeichneten Wirkungen des Suspensiveffektes. Auch hier bleiben insbesondere vorsorgliche Massnahmen in Kraft.

1) Vgl. unten S. 99 ff.

b) Prozessurteile

Prozessurteile erwachsen in formelle Rechtskraft, diese sind durch den Suspensiveffekt mithin gehemmt. Nach zürcherischem Prozessrecht sind sie jedoch nicht der materiellen Rechtskraft fähig¹⁾, so dass diese nicht gehemmt werden kann. Ebensovienig kommt eine Hemmung der Vollstreckbarkeit in Frage.²⁾

Ein Prozessurteil ergeht nur dann, wenn infolge Fehlens einer Prozessvoraussetzung auf die Klage nicht eingetreten wird. Andernfalls handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid. Wird nun also ein Nichteintretensentscheid angefochten, so sind – abgesehen von der Kostenfrage – keine konkreten Auswirkungen des Suspensiv-effektes ersichtlich. Wohl wird die formelle Rechtskraft gehemmt, dies führt aber zu nichts weiterem. Insbesondere muss das Gericht nicht vorläufig doch den Prozess an die Hand nehmen.

II Anfechtung prozessleitender Entscheide

Die prozessleitenden Entscheide stehen im Gegensatz zu den prozesserledigenden, indem sie den Prozess nicht abschliessen, sondern im Gegenteil Anordnungen über den Gang des Verfahrens enthalten und mithin während des Prozesses ergehen³⁾. Sie können in der Regel zusammen mit dem Endentscheid, ausnahmsweise aber, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind, selbständig angefochten werden.

1) Sträuli/Messmer N 20 zu § 191 ZPO; vgl. auch Guldener S. 381; Walder S. 95 f.;

a.A. Blomeyer, Erkenntnisverfahren, S. 450; Habscheid SJZ 74 S. 203 f.; Rosenberg/Schwab S. 868

2) Vgl. oben S. 88 Anm. 3

3) Guldener S. 242, Walder S. 287

1. Die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit prozessleitender Entscheide

a) Die formelle Rechtskraft

Prozessleitende Entscheide sind grundsätzlich der formellen Rechtskraft fähig¹⁾. Auch sie können nämlich, gleich wie jeder andere Entscheid, relativ unanfechtbar sein in dem Sinne, dass gegen sie keine suspensiven Rechtsmittel mehr zulässig sind.

Einschränkend gilt jedoch folgendes: prozessleitende Entscheide können selbständig oder aber erst zusammen mit dem Endentscheid anfechtbar sein. In den Fällen, wo nun die Anfechtung mittels eines gegen den Endentscheid gerichteten suspensiven Rechtsmittels möglich ist, kann bis zu diesem Zeitpunkt keine formelle Rechtskraft eintreten, denn der betreffende prozessleitende Entscheid ist noch nicht relativ unanfechtbar²⁾.

Ist demnach ein prozessleitender Entscheid selbständig mit Rekurs anfechtbar³⁾, so schliesst das die Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid aus⁴⁾. Also wird ein solcher Entscheid bei unbenütztem Ablauf der Rekursfrist formell rechtskräftig. Steht die Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen prozessleitenden Entscheid offen, so hindert deren Unterlassung eine spätere Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid nicht⁵⁾. Ist alsdann gegen den Endentscheid ein suspensives Rechtsmittel zulässig, so tritt die formelle Rechtskraft nicht ein. Schliesslich ist es möglich, dass ein prozessleitender Entscheid überhaupt nicht selbständig, sondern nur zusammen mit

1) Guldener S. 362; Sträuli/Messmer N 1 zu § 190 ZPO; Walder S. 287

2) Guldener S. 362; Sträuli/Messmer N 1 zu § 190 ZPO

3) § 271 Ziff. 5 ZPO

4) §§ 269 Abs. 2, 285 Abs. 1 ZPO; Sträuli/Messmer N 3 zu § 282 ZPO

5) § 282 Abs. 2 ZPO

dem Endentscheid anfechtbar ist¹⁾. In diesem Fall kommt es darauf an, ob gegen den Endentscheid ein suspensives Rechtsmittel gegeben ist oder nicht. Wenn ja, so tritt keine formelle Rechtskraft ein.

b) Die materielle Rechtskraft

Prozessleitende Entscheide sind keiner materiellen Rechtskraft fähig²⁾. Der Suspensiveffekt kann sie also nicht beschlagen.

c) Die Vollstreckbarkeit

Vollstreckbarkeit bedeutet Zulässigkeit der Vollstreckung, d.h. einer Handlung, durch staatliche Organe in einem bestimmten (Vollstreckungs-)Verfahren mit dem Ziel, die Erfüllung einer Pflicht gegen den Willen des Adressaten durchzusetzen³⁾.

Ob nun ein prozessleitender Entscheid vollstreckbar, d.h. einer Vollstreckung fähig ist, hängt insbesondere davon ab, ob er einen vollstreckbaren Inhalt hat. Das bedeutet, dass er einen Leistungsbefehl (auf Tun, Dulden oder Unterlassen) enthalten muss. Es ergibt sich damit, dass prozessleitende Entscheide zum Teil vollstreckbar sein können, zum Teil nicht. Beispiele für nicht vollstreckbare prozessleitende Entscheide wurden schon gegeben⁴⁾. Vollstreckbar sind

1) Das ist dann der Fall, wenn es sich einerseits nicht um einen der in § 271 Ziff. 5 ZPO aufgezählten prozessleitenden Entscheide handelt und andererseits die Voraussetzungen von § 282 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind.

2) Guldener S. 381 Anm. 74; Sträuli/Messmer N 21 zu § 191 ZPO; Walder S. 288. Es geht dies daraus hervor, dass § 191 ZPO nur Urteile (Abs. 1) und gewisse genau bezeichnete Urteilssurrogate (Abs. 2) erwähnt. Daraus ist zu schliessen, dass jeder andere Entscheid, d.h. auch ein prozessleitender, nicht in materielle Rechtskraft erwachsen kann.

3) Vgl. oben S. 12

4) Vgl. oben S. 12 f.

dagegen insbesondere vorsorgliche Massnahmen¹⁾; z.B. Anordnung der Leistung von Unterhaltsbeiträgen während des Scheidungsprozesses, provisorisches Bauverbot, Beschlagnahme eines Bildes etc.

2. Der Suspensiveffekt als Hemmung von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit

Wird ein prozessleitender Entscheid angefochten, sei es selbständig mit Rekurs oder Nichtigkeitsbeschwerde, sei es zusammen mit dem Endentscheid, so bedeutet der allfällige Suspensiveffekt des Rechtsmittels eine Hemmung des Eintrittes der formellen Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit, soweit der betreffende Entscheid dieser fähig ist. Andernfalls bedarf es keiner Hemmung.

3. Weitere Wirkungen des Suspensiveffektes

Es ist dies vor allem der Ort, wo belegt wird, dass die Bedeutung des Suspensiveffektes sich nicht in der Hemmung der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit erschöpft²⁾.

a) Ungenügen der herkömmlichen Umschreibung

Die Hemmung des Eintrittes der formellen Rechtskraft bedeutet, dass der Zustand einer relativen Unanfechtbarkeit noch nicht eingetreten ist. Für sich allein hat das keine konkrete Auswirkung. Praktisch relevant wird die Hemmung der Rechtskraft nur insoweit, als sie Voraussetzung des Eintrittes von Entscheidungswirkungen ist, so

1) Gerichtliche Entscheide können eingeteilt werden in prozesserledigende und prozessleitende. Tertium non datur. Dass vorsorgliche Massnahmen nicht prozesserledigende Entscheide sind, leuchtet ein. Also müssen sie den Charakter prozessleitender Entscheide tragen.

So auch Graner S. 12, § 271 Ziff. 5 ZPO, Stamm S. 78 Anm. 8; a.A. m.E. jedoch unhaltbar Sieben S. 53

2) Vgl. oben S. 3

z.B. der Vollstreckbarkeit oder der Rechtsänderung durch Gestaltungsurteil.

Stellt man nun fest, dass gewisse prozessleitende Entscheide keiner Vollstreckung fähig sind, so bedeutete der Suspensiveffekt, wollte man ihn auf eine Hemmung nur der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit beschränken, nichts. Es gibt nämlich Fälle, wo der Eintritt von Entscheidungswirkungen nicht an die Voraussetzung gebunden ist, dass der Entscheid formell rechtskräftig ist. So legt z.B. der Beweisauflagebeschluss die zu beweisenden Tatsachen etc. fest und verteilt die Beweislast¹⁾. Die Wirkung dessen besteht in der Feststellung der rechtlichen Verbindlichkeit dieser Anordnungen, es ist eine Feststellungswirkung, die die Meinung hat, dass die Parteien genau wissen, wer was zu beweisen hat. Diese kann aber nicht an den Eintritt der formellen Rechtskraft geknüpft sein. Der Beweisauflagebeschluss ist nämlich grundsätzlich erst zusammen mit dem Endentscheid anfechtbar. Ist gegen diesen ein suspensives Rechtsmittel gegeben, so tritt die formelle Rechtskraft des Beweisauflagebeschlusses erst mit jener des Endentscheides ein. Dass die genannte Feststellungswirkung erst dann eintritt, ist undenkbar, denn das würde den geordneten und ökonomischen Ablauf des Verfahrens beeinträchtigen. Ein weiteres Beispiel: Nimmt das Gericht durch prozessleitenden Entscheid von einem Parteiwechsel Vormerk, so kann dies grundsätzlich²⁾ erst zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden, entsprechend tritt die Rechtskraft erst dann ein. Auch hier wird aber nicht die Rede davon sein können, dass der Parteiwechsel erst in diesem Zeitpunkt rechtlich wirksam stattgefunden hätte. Vielmehr ist sofortige Wirksamkeit des Beschlusses anzunehmen, ungeachtet der fehlenden formellen Rechtskraft. Ebensolches gilt für die Verfügung, durch die Haupt- und Widerklage getrennt

1) § 136 ZPO

2) Es sei denn, die Voraussetzungen von § 282 ZPO wären erfüllt.

werden¹⁾.

Bei diesen Beispielen bedeutet also eine Hemmung der Rechtskraft nichts, denn der Eintritt der Entscheidungswirkungen hängt nicht von dieser ab. Zudem fehlt es an der Vollstreckbarkeit der Entscheide: sie haben keinen vollstreckbaren Inhalt. Damit aber ist dargetan, dass eine Suspensivwirkung, die sich auf die Hemmung von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit beschränkte, wirkungslos wäre. Das jedoch dürfte nicht die Meinung sein. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Wirkungen auch dieser Entscheide gehemmt werden. Für das Gegenteil ist aus Zweck und Wesen des Suspensiveffektes kein Grund ersichtlich. Wird der Beweisauflagebeschluss, die Vermerkung des Parteiwechsels oder die Abtrennung der Widerklage (ausnahmsweise) sofort mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten²⁾ und wird dieser Suspensiveffekt erteilt, so bedeutet das, dass die Feststellungswirkung des Beweisauflagebeschlusses noch nicht eintritt, der Parteiwechsel noch nicht gültig vollzogen und die Widerklage noch nicht abgetrennt ist. Der Suspensiveffekt hemmt also hier Entscheidungswirkungen, ohne dass er Rechtskraft oder Vollstreckbarkeit beträfe³⁾.

Selbstverständlich gibt es daneben viele Fälle, wo mit einer Erstreckung des Suspensiveffektes nur auf Rechtskraft und Vollstreckbarkeit auszukommen ist. So z.B., wenn vorsorgliche Massnahmen (Unterhaltsbeiträge im Ehescheidungsverfahren, vorsorgliches Bauverbot etc.) angefochten werden. Das aber widerlegt die hier verfolgte These, dass diese Umschreibung nicht in allen Fällen genügt und daher zu eng ist, nicht.

1) § 60 Abs. 3 ZPO

2) § 282 ZPO

3) Vgl. Guldener S. 486

b) Sistierung des Prozesses?

In der Literatur findet sich die Aussage, dass der Suspensiv-effekt bei der Anfechtung prozessleitender Entscheide zu einer Sistierung des Prozesses führe¹⁾. Dem kann nicht vorbehaltlos gefolgt werden. Die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels bezieht sich nämlich auf die Wirkungen, die der angefochtene Entscheid unmittelbar hat. Die Fortsetzung des Prozesses ist aber nicht in diesem Sinne eine unmittelbare Wirkung eines bestimmten prozessleitenden Entscheides; vielmehr dient dieser der Ordnung einer bestimmten Frage im Lauf des Verfahrens und seine Wirkungen beziehen sich auf eben diese bestimmte Frage. Die Fortsetzung des Prozesses kann nun faktisch voraussetzen, dass über die prozessleitende Entscheidung entschieden ist, kann also mit dieser zusammenhängen, jedoch nur mittelbar. Daher erscheint es als fraglich, ob der Suspensiveffekt eines gegen die prozessleitende Entscheidung gerichteten Rechtsmittels ohne weiteres die Sistierung des Prozesses bewirkt.

Zudem verhält es sich nicht so, dass in jedem Fall die prozessleitende Entscheidung für die weitere Abwicklung des Verfahrens derart wichtig ist, dass sie als *conditio sine qua non* erscheint und daher eine Sistierung des Prozesses sich gebietet. Wird z.B. die Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung oder die Auferlegung eines Barvorschusses für die Uebersetzung einer Urkunde angefochten, so darf angenommen werden, der Prozess könne durchaus auch während der Hängigkeit des Rechtsmittels fortgeführt werden, ja, dies kann sogar durch den Grundsatz der Prozessökonomie geboten sein²⁾.

Andererseits gibt es prozessleitende Entscheide, die Grundlage

1) Guldener S. 486; ders., Nichtigkeitsbeschwerde, S. 69; Hagenbüchle S. 46; Schaufelberger S. 55; offenbar auch Sträuli/Messmer N 1 zu § 286 ZPO.

2) So z.B. wenn die Urkunde, für deren Uebersetzung Barvorschuss verlangt wurde, keine wesentliche Aenderung der durch andere Beweismittel erstellten Beweislage erwarten lässt. Alsdann würde eine Sistierung des Verfahrens der Prozessökonomie widersprechen.

für das weitere Verfahren bilden und deren Bestand mithin gesichert sein muss, bevor weiter prozediert wird. Hat sich das Gericht z.B. auf eine Unzuständigkeitseinrede hin durch Beschluss als zuständig erklärt und wurde dieser mit Rekurs angefochten¹⁾, so gebietet die Prozessökonomie, das Verfahren bis zum Rekursentscheid einzustellen. Im Falle nämlich, dass der Rekurs gutgeheissen wird, würde das ganze durchgeführte Verfahren hinfällig und müsste – unter entsprechenden Kostenfolgen – vor dem zuständigen Gericht wiederholt werden. Entsprechendes gilt für die Anfechtung eines Entscheides, mit dem die Prozessfähigkeit einer Partei bejaht oder ein Parteiwechsel vorgemerkt wird. In diesen Fällen besteht aber auch dann ein Interesse an der Sistierung des Prozesses, wenn das Rechtsmittel keinen Suspensiveffekt hat. Die Erteilung bzw. der Entzug der aufschiebenden Wirkung hat allenfalls die Bedeutung eines Indizes für den Ausgang des Rechtsmittelverfahrens, indem die Rechtsmittelaussichten ein Kriterium für Erteilung oder Entzug darstellen²⁾.

Diese Betrachtungen führen zum Schluss, dass der Suspensiveffekt bei der Anfechtung prozessleitender Entscheide entgegen der herrschenden Lehre nicht eine Sistierung des Prozesses bewirkt. Eine solche kann gegebenenfalls durch separaten Entscheid ausgesprochen werden³⁾.

c) Keine vorläufige Anordnung des mit dem Rechtsmittel Verlangten

Der Suspensiveffekt hat nicht zur Folge, dass eine durch den angefochtenen Entscheid verweigerte Anordnung vorläufig als eingetreten gilt. Wird z.B. der eine Unzuständigkeitseinrede gutheissende Entscheid angefochten, so gilt das Gericht nicht vorläufig als zuständig, wird die Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung angefochten, so ist der Rechtsmittelkläger nicht vorläufig von der Kau-

1) § 271 Ziff. 5 ZPO

2) Vgl. oben S. 28 ff., 54 ff.

3) § 53 Abs. 2 ZPO, Guldener S. 277

tionsleistung entbunden etc. Solches würde dem Wesen der Suspensivwirkung zuwiderlaufen, das darin besteht, Entscheidungswirkungen nicht eintreten zu lassen¹⁾.

III Wirkungen auf den Bestand vorsorglicher Massnahmen

Im folgenden geht es um die Frage, welche Bedeutung der Suspensiveffekt eines gegen den Entscheid in der Hauptsache eingelegten Rechtsmittels für vorsorgliche Massnahmen hat, die im Sinne eines einstweiligen Rechtsschutzes während des Prozesses angeordnet wurden²⁾. Bleibt die Massnahme während des Rechtsmittelverfahrens in Kraft oder nicht?

Die Betrachtung soll gegliedert werden nach der Einteilung der Rechtsmittel in suspensive und nicht suspensive, d.h. in solche, die automatischen Suspensiveffekt haben und eine Fortsetzung des Prozesses vor höherer Instanz erlauben, und solche, die grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung haben.

1. Berufung und Rekurs

Auszugehen ist davon, dass Berufung und Rekurs von Gesetzes wegen Suspensiveffekt haben und somit den Eintritt der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit hemmen³⁾. Zweitens ist wichtig, dass eine vorsorgliche Massnahme in der Regel⁴⁾ spätestens mit dem Eintritt

1) Vgl. unten S. 193

Mit Bezug auf das Verwaltungsrecht ZR 74 Nr. 85, SJZ 74 S. 297 Nr. 50

2) Z.B. Beschlagnahme eines Bildes während des Vindikationsprozesses, Verpflichtung zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen während des Scheidungsprozesses etc.

3) §§ 260, 275 ZPO

4) "wenn das Gericht nichts Abweichendes anordnet", § 110 Abs. 3 ZPO

der Rechtskraft des Endurteils dahinfällt¹⁾. Hemmt also die Einlegung der Berufung Rechtskraft und Vollstreckbarkeit, so bedeutet das, dass die vorsorgliche Massnahme bestehen bleibt, weil eben noch keine Rechtskraft oder Vollstreckbarkeit – die das automatische Dahinfallen der vorsorglichen Massnahme bewirkte – eintritt. Daran ändert nichts, dass die Kompetenz zum Erlass vorsorglicher Massnahmen mit der Berufungserklärung vom Bezirksgericht zum Obergericht wechselt²⁾, denn dort geht es um Erlass noch nicht bestehender vorsorglicher Massnahmen, während hier die (Weiter-)Geltung schon von der ersten Instanz angeordneter vorsorglicher Massnahmen in Frage steht. Diese aber bleiben auch in der Berufungsinstanz in Kraft³⁾, es sei denn, diese ordne etwas anderes an.

2. Nichtigkeitsbeschwerde und Revision

Hier ist zu unterscheiden, ob der Nichtigkeitsbeschwerde oder Revision aufschiebende Wirkung erteilt wurde oder nicht⁴⁾.

a) Wird der Nichtigkeitsbeschwerde oder Revision kein Suspensiv-effekt erteilt, hemmen sie weder den Eintritt der Rechtskraft noch der Vollstreckbarkeit und die vorsorgliche Massnahme fällt dahin, es sei denn, es werde angeordnet, sie werde über den Eintritt der Rechtskraft hinaus erstreckt⁵⁾.

1) § 110 Abs. 3 ZPO; Graner S. 71; Stamm S. 59, 84; anderer, m.E. richtiger Ansicht: Guldener S. 583; Leuch N 3 zu Art. 330 ZPO BE, die auf den Eintritt der Vollstreckbarkeit abstellen wollen, was deshalb sinnvoller erscheint, weil erst dann der Kläger durch die Möglichkeit der Vollstreckung gesichert ist und so des Schutzes durch die vorsorgliche Massnahme nicht mehr bedarf. Da jedoch im Kanton Zürich der Eintritt der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit zeitlich zusammenfallen (§ 300 ZPO), spielt diese Frage praktisch keine Rolle.

2) Sträuli/Messmer N 33 zu § 110 ZPO, N 2 zu § 262 ZPO

3) Sträuli/Messmer N 2 zu § 262 ZPO

4) §§ 286, 294 ZPO

5) § 110 Abs. 3 ZPO

b) Komplizierter ist die Frage im anderen Fall, wo Suspensiveffekt erteilt wurde.

Hier ist davon auszugehen, dass der angefochtene Entscheid – angenommen, er unterliege nicht der Berufung ans Bundesgericht – mit Fällung rechtskräftig und vollstreckbar wird, weil die Nichtigkeitsbeschwerde oder Revision keinen automatischen Suspensiveffekt aufweist¹⁾. Damit aber fällt die vorsorgliche Massnahme im Zeitpunkt der Fällung des angefochtenen Entscheides dahin.

Wird nun in einem späteren Zeitpunkt der Nichtigkeitsbeschwerde oder Revision aufschiebende Wirkung erteilt, so fragt sich, ob dadurch die von der ersten Instanz angeordnete und mit der Fällung des angefochtenen Entscheides weggefallene vorsorgliche Massnahme wieder auflebe oder nicht.

aa) Zu einer Verneinung des Wiederauflebens führen folgende Ueberlegungen: Bewirkt der Eintritt der Rechtskraft automatisch das Dahinfallen der vorsorglichen Massnahme, so existiert sie alsdann nicht mehr. Die durch sie dem Beklagten autoritativ auferlegte Pflicht erlischt, das Verbotene wird wieder erlaubt, das Gebotene muss nicht mehr getan werden. Die Pflicht des Beklagten beruhte auf einem richterlichen Befehl. Ist dieser die Pflicht begründende Befehl weggefallen, so kann die Pflicht nicht quasi von selbst wieder entstehen. Dazu bedürfte es eines neuen richterlichen Befehls. Ob dieser aber allein in der Erteilung des Suspensiveffektes liegen soll, ist zweifelhaft. Wenn also eine vorsorgliche Massnahme infolge des Eintrittes der Rechtskraft erloschen ist, so kann nur noch eine neue angeordnet werden, und zwar durch eine neue richterliche Entscheidung, die sich ausdrücklich auf diese Frage bezieht. Eine solche liegt aber nicht in der alleinigen Erteilung des Suspensiveffektes.

Dies leuchtet ein, wenn man folgende Beispiele betrachtet: die vorsorgliche Massnahme kann in einem Befehl bestehen, der durch

1) §§ 286, 294 ZPO

die Strafdrohung des Art. 292 StGB verstärkt wird¹⁾. Es wird z.B. bei Strafe dem Beklagten verboten, eine gewisse Handlung vorzunehmen. Das Gesetz²⁾ sagt nun, dass die vorsorgliche Massnahme mit Eintritt der Rechtskraft dahinfällt. Für den Beklagten bedeutet dies, dass er also diese Handlung wieder vornehmen darf (sofern das Urteil selber nichts anderes anordnet). Wollte man nun sagen, die vorsorgliche Massnahme trete mit Erteilung des Suspensiveffektes automatisch wieder in Kraft, ohne dass dies ausdrücklich im Gesetz steht, so bedeutete das, dass die Widerhandlung gegen das Verbot plötzlich wieder strafbar wäre, ohne dass das Gericht aber das Verbot ausdrücklich wieder in Kraft gesetzt hat. Man könnte – etwas überspitzt – von einem "heimlichen" Verbot sprechen, dessen Verletzung Strafolgen nach sich zöge. Das ist unhaltbar, und daraus ist der Schluss erlaubt, dass das Verbot eben nur dann wieder in Kraft tritt, wenn das ausdrücklich angeordnet wird. Ist dem so, so ist dargetan, dass die vorsorgliche Massnahme bei Erteilung des Suspensiveffektes nicht wieder auflebt, sondern dass ausdrücklich eine neue vorsorgliche Massnahme angeordnet werden muss. Zuständig dafür ist "das Gericht, welches den angefochtenen Entscheid gefällt hat", bzw. die Revisionsinstanz³⁾. Diese Begründung lässt sich auch ausdehnen auf jene Fälle, wo eine vorsorgliche Massnahme nicht mit einer Strafdrohung versehen ist. Würde hier die vorsorgliche Massnahme wieder aufleben, so bedeutete das, dass in unzulässiger Weise eine Rechtsunsicherheit geschaffen würde, indem der Beklagte zwar aus dem Gesetz entnehmen kann, dass die vorsorgliche Massnahme mit Eintritt der Rechtskraft dahinfällt, nicht jedoch, dass sie mit Erteilung des Suspensiveffektes wieder auflebt. Er würde m.a.W. im Unklaren gelassen, was gilt. Anders, wenn die vorsorgliche Massnahme ausdrücklich neu angeordnet werden muss. Dann ist Klarheit geschaffen.

1) Guldener S. 579

2) § 110 Abs. 3 ZPO

3) § 286 Abs. 2 ZPO

Eine zweite Begründung lässt sich aus der Natur der Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde und Revision herleiten. Dabei ist davon auszugehen, dass die von der ersten Instanz erlassene vorsorgliche Massnahme dazu dient, während der Dauer des Prozesses vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren. Dieser Rechtsschutz endet mit dem rechtskräftigen Endurteil. Dass die Massnahme auch während eines Berufungs- oder Rekursverfahrens unverändert weiterbesteht¹⁾, erklärt sich daraus, dass diese Rechtsmittel dazu dienen, den Prozess in vollem Umfang vor der höheren Instanz weiterzuführen²⁾. Handelt es sich also nicht eigentlich um eine blossе Ueberprüfung des Entscheides, sondern um eine Fortsetzung des Prozesses, so leuchtet ein, dass die vorsorgliche Massnahme, die ja für die Dauer des Prozesses gedacht ist, auch während dieser Fortsetzung des Prozesses zu gelten hat, ohne dass darüber separat entschieden zu werden braucht.

Auf einer anderen Ebene liegt nun der Charakter der Nichtigkeitsbeschwerde und der Revision. Hier findet keine Fortsetzung des Prozesses mehr statt, sondern es geht nur noch um eine punktuelle Ueberprüfung des angefochtenen Entscheides, mit dem Ziel, einzelne, genau bestimmte und in ihrem Kreis eingeschränkte schwere Fehler zu korrigieren. Sind nun aber vorsorgliche Massnahmen angeordnet worden in der Meinung, dass sie für die Dauer des Prozesses zu gelten haben, so muss daraus der Schluss gezogen werden, dass sie dann; wenn der Prozess zu Ende ist – d.h. nicht mehr auf breitester Grundlage weitergeführt wird – auch nicht mehr gelten. Genau das trifft aber auf die Nichtigkeitsbeschwerde und Revision zu, so dass gesagt werden kann, die für die Dauer des Prozesses angeordneten Massnahmen verlören ihre Geltung im Kassations- oder Revisionsverfahren, das ja nach Beendigung des Prozesses stattfindet. Sollen nun die vorsorglichen Massnahmen aus diesem Grunde nicht dafür

1) Vgl. oben S. 99 f.

2) Vgl. §§ 267, 269, 278, 279 ZPO; Guldener S. 505; Walder S. 430

gelten, so ist damit auch der Möglichkeit, dass sie mit Erteilung der Suspensivwirkung wieder aufleben könnten, der Boden entzogen. Sol-
len vorsorgliche Massnahmen auch während des Nichtigkeits- oder
Revisionsverfahrens gelten, so müssen sie ausdrücklich neu angeord-
net werden.

Diese Auffassung kann nicht mit Sicherheit durch den Wortlaut
des Gesetzes gestützt, aber ebensowenig widerlegt werden. Ansatz-
punkt ist die Feststellung, dass das Gesetz in den Bestimmungen über
die aufschiebende Wirkung bei Berufung und Rekurs nichts über vor-
sorgliche Massnahmen sagt¹⁾, während bei Nichtigkeitsbeschwerde
und Revision von deren Anordnung und bei ersterer von deren Aende-
rung die Rede ist²⁾. Zweitens ist zu beachten, dass das Gesetz aus-
drücklich festlegt, dass eine vorsorgliche Massnahme erlischt, auch
wenn Nichtigkeitsbeschwerde oder Revision erhoben werden können³⁾.
Dass die vorsorgliche Massnahme also nicht mehr in Kraft ist im
Zeitpunkt einer allfälligen Erteilung des Suspensiveffektes, ist damit
klar erstellt.

Im weiteren geht es nun darum, herauszufinden, ob das Gesetz
anordnen will, dass die (erloschene) vorsorgliche Massnahme bei Er-
teilung des Suspensiveffektes nicht mehr berührt wird und eine neue
getroffen werden muss, mit anderen Worten, dass sie nicht automa-
tisch wieder auflebt. Die Fragestellung muss also lauten: Folgt aus
der Tatsache, dass das Gesetz von der Anordnung vorsorglicher
Massnahmen⁴⁾ spricht, dass die erloschene frühere Massnahme nicht
wieder auflebt? Darauf lässt sich keine zwingende Antwort geben. Mit
der "Anordnung vorsorglicher Massnahmen" kann nämlich einerseits
gemeint sein die Neuordnung, wenn schon vor der unteren Instanz
Massnahmen bestanden hatten. Das erlaubte dann vielleicht den ein-

1) §§ 260, 275 ZPO

2) §§ 286 Abs. 2, 294 ZPO

3) §§ 110 Abs. 3 i. V. m. 190, 286, 294 ZPO; vgl. oben S. 100 bei
Anm. 5

4) §§ 286 Abs. 2, 294 ZPO

schlägigen Schluss. Andererseits kann aber auch die Anordnung vorsorglicher Massnahmen in dem Fall gemeint sein, dass vor den unteren Instanzen überhaupt keine bestanden hatten und nun vor der Kassations- oder Revisionsinstanz erstmals solche angeordnet werden sollen. Dann wäre über unsere Frage überhaupt nichts ausgesagt.

Eine Entscheidung dieser Frage zu suchen ist müssig. Man muss nämlich beachten, dass es sich bei den zitierten Bestimmungen in erster Linie um Kompetenznormen handelt. Selbst wenn also die zu beweisende Auffassung mittels spitzfindiger Auslegung gestützt werden könnte, so bliebe doch die Frage offen, ob denn das Gesetz derart beim Wort genommen werden darf, bei einem Wort zumal, das es quasi nur nebenbei ausspricht: nur nebenbei eben deshalb, weil das Gesetz ja die Zuteilung der Kompetenzen im Auge hat und nicht die hier gestellte Frage.

Eben aus diesem Grunde aber kann aufgrund des Gesetzeswortlautes die hier vertretene Auffassung auch nicht widerlegt werden. Jeder derartige Versuch müsste sich ebenfalls auf eine genaue Abklärung stützen, was denn das Gesetz meint mit "Anordnung bzw. Aenderung vorsorglicher Massnahmen". Dass dies zu keinem stichhaltigen Ergebnis führen kann, ist aber dargetan.

bb) Zum gegenteiligen Schluss führt es, wenn man von der Annahme ausgeht, der (erst nachträglich erteilte) Suspensiveffekt der Nichtigkeitsbeschwerde oder Revision wirke ex tunc¹⁾. Alsdann wird die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides rückwirkend gehemmt, gilt also als nie eingetreten. Das hat zur Folge, dass die im Prozess vor der Vorinstanz bestehende vorsorgliche Massnahme als nie weggefallen betrachtet werden müsste.

cc) Praktisch kann nicht der einen oder anderen Lösung für alle denkbaren Fälle der Vorzug gegeben werden. Wird z.B. ein Bild während eines Vindikationsprozesses beschlagnahmt, so erscheint das Nicht-

1) Hagenbüchle S. 46, zum Betreibungsrecht vgl. unten S. 181 ff.

Wiederaufleben der vorsorglichen Massnahme als angemessener. Nach Eintritt der Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides fällt nämlich die Beschlagnahme jedenfalls zumindest vorläufig dahin, das Bild ist also herauszugeben. Dies führt faktisch zu einer Behinderung oder Verunmöglichung des einfachen Wiederauflebens der Beschlagnahme¹⁾. Andererseits steht einem Wiederaufleben bei Unterhaltsbeiträgen während des Ehescheidungsprozesses aus praktischer Sicht nichts im Wege.

M.E. verdient angesichts aller Argumente die Lösung den Vorzug, die zur grösseren Rechtssicherheit führt. Demnach hat man sich m.E. für das Nicht-Wiederaufleben der vorsorglichen Massnahme zu entscheiden.

3. Berufung ans Bundesgericht

Unterliegt der obergerichtliche Berufungsentscheid der Berufung ans Bundesgericht, so tritt die Rechtskraft erst mit Ablauf der Berufungsfrist ein. Wird die Berufung erhoben, so kommt ihr automatisch Suspensivwirkung zu²⁾, so dass ein mit der Berufung angefochtener Entscheid vor Fällung des Urteils durch das Bundesgericht in keinem Moment rechtskräftig wird. Mithin bleibt auch eine von der ersten Instanz angeordnete vorsorgliche Massnahme während des Berufungsverfahrens bestehen. Auch während diesem bleibt es nämlich eine Frage des kantonalen Rechts, wann die Geltung einer vorsorglichen Massnahme dahinfällt³⁾. Das kantonale Recht⁴⁾ sieht vor, dass eine vorsorgliche Massnahme bis zum Eintritt der Rechtskraft in Kraft bleibt, also bleibt sie es bis zum rechtskräftigen Endentscheid des

1) Vgl. auch die Beispiele oben S. 102

2) Art. 54 Abs. 2 OG

3) Birchmeier N 1 zu Art. 58 OG

4) § 110 Abs. 3 ZPO

Bundesgerichts – es sei denn, die zuständige kantonale Instanz ¹⁾ ordne etwas anderes an ²⁾.

4. Konkurrenz von Rechtsmitteln mit und ohne Suspensiveffekt

Es ist denkbar, dass die Berufung ans Bundesgericht gleichzeitig mit einer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde oder Revision eingelegt werden muss. Da erstere automatischen Suspensiveffekt aufweist, letztere jedoch nicht, stellt sich die Frage nach dem Eintritt der Rechtskraft und damit nach dem Zeitpunkt des Dahinfallens einer erstinstanzlich angeordneten vorsorglichen Massnahme. Fällt sie mit der Fällung des mit den genannten Rechtsmitteln angefochtenen Entscheides weg, oder bleibt sie bis zum Berufungsentscheid des Bundesgerichtes bestehen?

aa) Nichtigkeitsbeschwerde – Berufung ans Bundesgericht

Eine Konkurrenz dieser beiden Rechtsmittel kann auftreten, wenn ein Entscheid des Obergerichtes sowohl wegen Verletzung von kantonalem als auch von Bundesrecht angefochten werden soll. Alsdann ist die Verletzung kantonalen Rechtes mit der Nichtigkeitsbeschwerde zu rügen, jene des Bundesrechtes mit der Berufung ans Bundesgericht. Beide Rechtsmittel sind gleichzeitig einzulegen ³⁾, wobei das Bundesgericht seinen Entscheid bis zur Erledigung der Nichtigkeitsbeschwerde sistiert ⁴⁾.

Nun hat man sich folgendes vor Augen zu halten: Die Nichtigkeitsbeschwerde hat keinen automatischen Suspensiveffekt, d.h. das Urteil des Obergerichtes würde, soweit dieses Rechtsmittel in Frage steht, mit Fällung rechtskräftig und die vorsorgliche Massnahme fiel damit

1) Art. 58 OG

2) Birchmeier N 1 zu Art. 58 OG

3) Birchmeier N 1 b zu Art. 57 OG; Sträuli/Messmer N 23 zu § 285 ZPO

4) Art. 57 Abs. 1 OG

dahin¹⁾. Anders jedoch bei der Berufung ans Bundesgericht: diese weist automatischen Suspensiveffekt auf, d.h. die Rechtskraft tritt noch nicht ein und die vorsorgliche Massnahme bleibt bestehen²⁾. Die beiden Rechtsmittel haben für sich betrachtet also unterschiedliche Auswirkungen auf den Bestand einer vorsorglichen Massnahme.

Für die eingangs gestellte Frage ist nun folgende Ueberlegung entscheidend: Die Nichtigkeitsbeschwerde hemmt, wie gesagt, den Eintritt der Rechtskraft nicht, weil sie keinen automatischen Suspensiveffekt hat. Umgekehrt gebietet sie aber – im Gegensatz zur Revision³⁾ – nicht, dass die Rechtskraft mit Fällung des vorinstanzlichen Entscheides eingetreten sein müsse. Mit anderen Worten: Die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides ist nicht Voraussetzung der Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde⁴⁾. Damit spielt Art. 54 Abs. 2 OG, wonach die Rechtskraft als Voraussetzung für ausserordentliche kantonale Rechtsmittel auch bei Erhebung der Berufung eintritt, keine Rolle. Es steht also nichts im Wege anzunehmen, der Suspensiveffekt der Berufung gehe in dem Sinne vor, dass der Eintritt der Rechtskraft des Entscheides gehemmt werde. Dass die Nichtigkeitsbeschwerde für sich allein diese Wirkung nicht hat, ändert daran nichts.

Damit ist festgestellt, dass der Eintritt der Rechtskraft bei Einlegung der beiden in Frage stehenden Rechtsmittel gehemmt wird. Dies hat mit Bezug auf die vorsorgliche Massnahme zur Folge, dass

1) Vgl. oben S. 100 bei Anm. 5

2) Vgl. oben S. 106

3) Vgl. § 293 Abs. 1 ZPO, wo ein "rechtskräftiger Endentscheid" verlangt wird.

4) Vgl. § 281 ZPO, wo, im Gegensatz zu § 293 Abs. 1, nicht die Rede davon ist, dass der angefochtene Entscheid rechtskräftig sein müsse. Wenn Guldener (S. 485) sagt, dass "mit ausserordentlichen Rechtsmitteln (mithin auch der Nichtigkeitsbeschwerde) ... rechtskräftige Entscheide angefochten werden" könnten, so ist das missverständlich und besagt nichts anderes. Es heisst dies nicht mehr, als dass nebst nicht rechtskräftigen auch rechtskräftige Entscheide anfechtbar sind.

diese bestehen bleibt, ohne dass es darüber eines speziellen Entscheides bedürfte ¹⁾).

bb) Revision – Berufung ans Bundesgericht

Auch zwischen diesen Rechtsmitteln ist eine Konkurrenz möglich, etwa dann, wenn der Kläger kurz nach Fällung des klageabweisenden Urteils des Obergerichtes eine Tatsache entdeckt, die er bis dahin nicht gekannt hatte und das Urteil gleichzeitig eine Verletzung von Bundesrecht beinhaltet. Ersteres ist mit Revision, letzteres mit Berufung ans Bundesgericht geltend zu machen, wobei beide Rechtsmittel gleichzeitig einzulegen sind ²⁾. Damit dies überhaupt möglich ist, bedurfte es eines gesetzgeberischen Tricks. Revision ist nämlich nur gegen rechtskräftige Entscheide möglich ³⁾. Die Berufung ans Bundesgericht hemmt aber gerade den Eintritt der Rechtskraft, so dass die Revision nicht zulässig wäre. Um dies zu vermeiden, bestimmt Art. 54 Abs. 2 OG, dass die Rechtskraft "als Voraussetzung für ausserordentliche kantonale Rechtsmittel" dennoch eintritt. Damit ist das gleichzeitige Einlegen beider Rechtsmittel möglich.

Was nun unsere Frage betrifft, so ist es zunächst notwendig festzustellen, ob das obergerichtliche Urteil in Rechtskraft erwächst oder nicht. Die Antwort darauf stösst auf Schwierigkeiten, weil einerseits der Berufung automatisch Suspensiveffekt zukommt, andererseits aber die Rechtskraft trotzdem eintritt, um die Revision zu ermöglichen. Das Urteil wird – so scheint es – noch nicht rechtskräftig und gleichzeitig aber auch rechtskräftig – ein arger Widerspruch. Dieser Widerspruch lässt sich auflösen, wenn angenommen wird, die Regel, wonach die Rechtskraft als Voraussetzung der Revision eintrete, habe eine nur ganz beschränkte Bedeutung, die Bedeutung nämlich, dass die Rechtskraft nur insoweit eintrete, als dies zur Ermöglichung der Revision notwendig ist. Dies dürfte die Meinung des Art. 54 Abs. 2

1) Vgl. oben S. 106

2) Birchmeier N 1 b zu Art. 57 OG

3) § 293 Abs. 1 ZPO

OG sein¹⁾. Ist dem aber so, so kann man sagen, dass die Rechtskraft im Hinblick auf unsere Frage ohne Einschränkung durch den Suspensiveffekt der Berufung gehemmt wird. Mithin bleibt die vorsorgliche Massnahme bestehen und gilt auch für die Dauer des Revisionsverfahrens, ohne dass dies besonders angeordnet zu werden braucht.

5. Zusammenfassung

a) Im Falle, dass eine Klage erhoben und im Prozess eine vorsorgliche Massnahme angeordnet wurde, gestaltet sich der Einfluss der einem Rechtsmittel zur Hauptfrage beigelegten aufschiebenden Wirkung auf den Bestand der vorsorglichen Massnahme wie folgt:

Entscheidend für die Frage, ob die erstinstanzlich angeordnete vorsorgliche Massnahme auch im Rechtsmittelverfahren ohne weiteres bestehen bleibt, ist, ob der angefochtene Entscheid zwischen seiner Fällung und der Einlegung des Rechtsmittels bzw. der Erteilung der Suspensivwirkung in Rechtskraft und Vollstreckbarkeit erwächst oder nicht. Erwächst er nicht in Rechtskraft – so bei Berufung, Rekurs und Berufung ans Bundesgericht –, so bleibt die vorsorgliche Massnahme bestehen. Im anderen Fall jedoch – d.h. bei Nichtigkeitsbeschwerde und Revision, die den Eintritt der Rechtskraft nicht hemmen, so dass sie mit Fällung des angefochtenen Entscheides sofort eintritt und erst durch allfällige Erteilung der Suspensivwirkung wieder aufgehoben wird – erlischt die vorsorgliche Massnahme und lebt m.E. bei Erteilung der Suspensivwirkung nicht etwa wieder auf, sondern muss neu angeordnet werden.

Hinzuweisen bleibt noch auf die Möglichkeit, dass die Geltung einer vorsorglichen Massnahme über den Eintritt der Rechtskraft hin-

1) Dabei kann man sich fragen, ob denn dies ein geeignetes Mittel zur Erreichung des genannten Zweckes sei. Wirft das OG doch damit die Frage auf, ob die Rechtskraft teilbar sei, und schafft dadurch grosse Verwirrung.

aus aufgeschoben wird¹⁾ mit der Folge, dass dann anlässlich der Erteilung des Suspensiveffektes nicht auch über die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme entschieden zu werden braucht, weil sie dann unverändert weitergilt, trotz Eintritt der Rechtskraft.

b) Konkurrieren zwei Rechtsmittel, von denen das eine automatische Suspensiveffekt aufweist, das andere nicht, so ist zur Beurteilung der Frage nach dem Bestand der vorsorglichen Massnahme dasjenige Rechtsmittel massgebend, das automatische Suspensiveffekt hat. Es ist also darauf abzustellen, dass der Eintritt der Rechtskraft gehemmt wird und mithin die vorsorgliche Massnahme ohne weiteres bestehen bleibt.

c) Ergebnis bezüglich Suspensiveffekt

Es sind zwei Phasen zu unterscheiden: erstens jene zwischen Fällung des Urteils und Ergreifung des Rechtsmittels, zweitens jene nach Ergreifung des Rechtsmittels. In der ersten Phase kann nicht von einem Suspensiveffekt gesprochen werden²⁾, wohl dagegen in der zweiten Phase.

Geht es in der ersten Phase um die Frage, ob die vorsorgliche Massnahme wegfällt oder nicht, so ist dafür entscheidend, ob die Rechtskraft eintritt oder nicht, eine Frage, die davon abhängt, ob ein suspensives Rechtsmittel gegeben ist. In der zweiten Phase ist zu unterscheiden, ob das in Frage stehende Rechtsmittel automatische aufschiebende Wirkung hat oder nicht. Wenn ja, so bleibt die vorsorgliche Massnahme bestehen. Andernfalls stellt sich die Frage, ob die Erteilung des Suspensiveffektes ein Wiederaufleben der vorsorglichen Massnahme bewirkt. Die Antwort darauf lautet, wie oben ausgeführt, nein.

1) § 110 Abs. 3 ZPO

2) Vgl. oben S. 85

§ 5 UMFANG DES SUSPENSIVEFFEKTES

Unter Umfang des Suspensiveffektes ist die Frage zu verstehen, ob durch das eingelegte Rechtsmittel die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit eines Entscheides gesamthaft oder nur zum Teil gehemmt werde.

In verschiedenen Gesetzen besteht hierzu eine ausdrückliche Regelung, in anderen nicht. Im folgenden ist zunächst auf die Fälle, wo eine ausdrückliche gesetzliche Regelung besteht, einzugehen, sodann auf jene, wo das Gesetz schweigt.

I Ausdrückliche gesetzliche Regelung

1. Hemmung im gesamten Umfang

Als einziges Rechtsmittel, wo eine gesamthafte Hemmung der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift eintritt, ist die schaffhausische Berufung zu nennen¹⁾.

2. Hemmung nur im Umfang der Anträge

a) Die Berufung ist in verschiedenen Kantonen und im Bund so ausgestaltet, dass sie Rechtskraft und Vollstreckbarkeit nur im Umfang der Berufungsanträge hemmt²⁾. In der Regel sind diese Anträge schon in der Berufungserklärung zu stellen³⁾, so dass der Umfang des Suspensiveffektes schon bei Einlegen des Rechtsmittels bekannt ist.

1) Art. 344 ZPO SH

2) § 260 ZPO ZH, Art. 54 Abs. 2 OG, § 191 ZPO SZ, § 262 Abs. 3 ZPO OW, Art. 299 ZPO FR, § 291 Abs. 4 ZPO SO, Art. 443 Abs. 3 ZPO VD

3) Art. 55 OG, § 192 Abs. 1 ZPO SZ, § 263 Abs. 2 ZPO OW, Art. 294 Abs. 2 lit. b. ZPO FR, § 292 Abs. 2 ZPO SO, Art. 461 lit. b ZPO VD

Stellt der Rechtsmittelkläger die Anträge nicht, so hat das zur Folge, dass ihm eine Nachfrist angesetzt wird mit Androhung des Nichteintretens¹⁾. In diesem Fall fragt es sich, ob der Suspensiveffekt trotzdem und vorerst – mangels Anträgen – vollumfänglich eintrete, oder aber noch nicht eintrete, bis die Anträge gestellt sind. Richtig dürfte sein, dass die Berufung die Rechtskraft im vollen Umfang aufschiebt, bis die Anträge gestellt sind bzw. – bei unbenütztem Ablauf der Nachfrist – darauf nicht eingetreten wird. Es muss sich hier gleich verhalten wie im Fall eines unzulässig eingelegten Rechtsmittels, d.h. der Suspensiveffekt tritt unbekümmert um die Unzulässigkeit ein, bis das Rechtsmittelgericht Nichteintreten beschliesst²⁾. Daraus folgt, dass der Suspensiveffekt auch dann eintritt, wenn keine Anträge gestellt werden, es ist also jene Lösung ausgeschlossen, wonach aufschiebende Wirkung erst dann entfaltet würde, wenn die Anträge gestellt sind. Tritt demnach Suspensiveffekt ein, so besteht keine andere Möglichkeit, als dass er vollumfänglich eintritt. Da die Anträge noch nicht bekannt sind, ist eine Hemmung nur in ihrem Umfang nicht möglich. Diese Beschränkung erfolgt erst dann, wenn der Berufungskläger seine Anträge stellt.

Eine etwas andere Regelung trifft der Kanton Zürich: hier brauchen die Anträge nicht schon in der Berufungserklärung, sondern erst in der nachfolgenden Berufungsschrift gestellt zu werden³⁾. Das hat zur Folge, dass der Suspensiveffekt nach der Berufungserklärung vollumfänglich eintritt, um erst nach Stellung der Anträge auf deren Umfang beschränkt zu werden⁴⁾. Werden dann aber in der Berufungsschrift keine Anträge gestellt, so wird – im Gegensatz zu anderen Kantonen – keine Nachfrist angesetzt, sondern sogleich auf die Beru-

1) Vgl. z.B. Art. 265 Abs. 1 ZPO OW, Art. 294 Abs. 3 i.V.m. 159 Abs. 2 ZPO FR

2) Vgl. S. 69

3) § 264 Abs. 1 ZPO ZH

4) § 260 ZPO ZH

fung nicht eingetreten¹⁾.

b) Beim Rekurs wird Rechtskraft und Vollstreckbarkeit in allen Kantonen, die hierzu eine ausdrückliche Regelung treffen, nur im Umfang der Anträge gehemmt²⁾. Die Anträge sind nach allen diesen Gesetzen mit dem Einlegen des Rekurses zusammen zu stellen³⁾, so dass der Suspensiveffekt von Anfang an auf ihren Umfang beschränkt ist. Wird der Rekurs ohne Anträge eingereicht, so wird Nachfrist angesetzt, mit der Androhung, dass sonst nicht eingetreten werde⁴⁾. Während dieser Nachfrist besteht der Suspensiveffekt – analog zum bei der Berufung Gesagten – in vollem Umfang.

3. Würdigung

Die Frage, ob der Suspensiveffekt den Eintritt der Rechtskraft vollumfänglich oder nur zum Teil hemme, spielt nicht in allen Fällen eine Rolle. Ist z.B. auf die Herausgabe einer bestimmten, nicht teilbaren Sache geklagt und das klagegutheissende Urteil angefochten worden, so hemmt die Berufung in jedem Fall die Rechtskraft im ganzen Umfang; es sei denn, das Urteil sei nur in bezug auf die Kosten angefochten. Teilrechtskraft ist erst dann sinnvoll, wenn ein Urteil, das sich über mehrere oder teilbare Ansprüche ausspricht, nur in bezug auf einzelne Ansprüche bzw. einen Teil des Anspruches angefochten wird⁵⁾. Dies bedeutet aber nicht, dass die Beschränkung des Suspensiveffektes auf die Anträge unzulässig wäre. In den Fällen, wo eine Teilrechtskraft nicht denkbar ist, erstreckt sich der Antrag notwendigerweise auf das ganze Urteil: im eingangs genannten Beispiel ver-

1) § 264 Abs. 2 ZPO ZH; Sträuli/Messmer N 6 zu § 265 ZPO

2) § 275 ZPO ZH, § 207 ZPO SZ, § 271 Abs. 3 ZPO OW

3) § 276 ZPO ZH, § 208 Abs. 2 ZPO SZ, § 272 Abs. 2 ZPO OW

4) § 276 Abs. 2 ZPO ZH, § 208 Abs. 2 ZPO SZ, § 272 Abs. 2 ZPO OW

5) Sträuli/Messmer N 3 zu § 260 ZPO; OGer II. ZivK Nr. 67 A/78 vom 7. Juli 1978

langt der Beklagte, es sei das Urteil in dem Sinne zu ändern, dass er nicht zu verpflichten sei, die Sache herauszugeben. In einem solchen Fall bezieht sich der Antrag auf das ganze Urteil, und somit wird auch die Rechtskraft im vollen Umfang gehemmt. Die genannte Regelung ist also in allen Fällen praktikabel.

Dass die Suspensivwirkung auf angefochtene Teile des Urteils beschränkt ist, erklärt sich wohl daher, dass es wenig sinnvoll erscheint, die Vollstreckung nicht angefochtener (Teil-) Ansprüche aufzuschieben, nur weil ein anderer (Teil-) Anspruch weiterhin im Streite steht. Es ist dies ein Anwendungsfall des grundsätzlichen Bestrebens, Rechtsschutz so rasch als möglich zu gewähren.

Eine andere Regelung wäre dann angezeigt, wenn das Rechtsmittel so ausgestaltet ist, dass die Anträge während des Verfahrens noch erweitert werden können¹⁾. Dies ist aber insbesondere in Schaffhausen – dem einzigen Kanton, der die Suspensivwirkung der Berufung immer auf das ganze Urteil erstreckt – nicht der Fall.

II Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung

Bei der Nichtigkeitsbeschwerde und der Revision fehlt es in allen Kantonen an einer ausdrücklichen Regelung des Umfanges des erteilten Suspensiveffektes; bei Berufung und Rekurs in einigen²⁾.

1) So gemäss alter Zürcher ZPO: § 322 Abs. 2; vgl. Guldener S. 391 Anm. 122; ZR 41 Nr. 26 1, 70 Nr. 33

2) In jenen, die oben S. 112 Anm. 1, 2, S. 114 Anm. 2 nicht genannt sind.

1. Berufung und Rekurs

a) Berufung

Die Berufung ist jenes Rechtsmittel, mit dem der Prozess vor oberer Instanz weitergeführt werden kann: sie erlaubt eine Beurteilung aller Rechts- und Tatfragen auf breitester Grundlage¹⁾. Zu diesem Charakter der Berufung passt am besten eine vollständige Hemmung der Rechtskraft. Kann von einer Fortsetzung des Prozesses die Rede sein, so wäre damit eine nur teilweise Hemmung schlecht vereinbar. Zu beachten ist jedoch: Auch nach jenen Gesetzen, die die Suspensivwirkung auf die Anträge beschränken, kommt der Berufung zunächst voller Suspensiveffekt zu. Die Beschränkung erfolgt erst, wenn die Anträge gestellt sind und damit feststeht, ob die Parteien eine vollumfängliche Fortsetzung des Prozesses wünschen oder nicht. Es besteht also auch hier primär voller Suspensiveffekt, erst in zweiter Linie wird die Teilrechtskraft eingeführt. Eine solche Teilrechtskraft widerspricht aber nicht dem genannten Grundsatz der Universalität der Berufung. Das würde sie nur dann, wenn der Umfang des Suspensiveffektes von Anfang an beschränkt würde. Sie entspricht vielmehr, wie dargestellt, dem Postulat, Rechtsstreitigkeiten so rasch wie möglich wirksam – d.h. vollstreckbar – zu entscheiden, so dass gesagt werden kann, diese Beschränkung der aufschiebenden Wirkung ergänze den grundsätzlichen Charakter des Rechtsmittels in dem Sinne, dass sie Missbräuche und unnötige Verzögerungen vermeiden helfe, ohne aber die Möglichkeit der Parteien, alle Fragen nochmals zur Diskussion zu stellen, zu tangieren.

Schreitet man vor diesem Hintergrund zur Frage, wie jene Gesetze, die den Umfang des Suspensiveffektes der Berufung nicht ausdrücklich ordnen, auszulegen seien, so ergibt sich, dass der Charakter des Rechtsmittels weder die erstgenannte Lösung nahelegt noch die zweite ausschliesst. Es steht lediglich fest, dass die Gesetze,

1) Guldener S. 505

etwa mit dem Satz "... hemmt die Rechtskraft des Urteils"¹⁾, beides könnten anordnen wollen. Welche der beiden Möglichkeiten aber gilt, ist auf anderem Wege festzustellen.

Es wird daher folgendes zu beachten sein:

- Grammatikalisch und systematisch liegt die Annahme nahe, es solle voller Suspensiveffekt eintreten, mithin der Vollzug auch der nicht angefochtenen Teile des Urteils bis zum Berufungsentscheid gehemmt werden. Sagt das Gesetz, die Rechtskraft oder die Vollstreckbarkeit werde gehemmt, so dürften diese Begriffe als einheitliche aufzufassen sein. In Rechtskraft erwächst ein Urteil in seiner Gesamtheit, nicht Teil für Teil. Spricht man allgemein von Rechtskraft, so setzt man sie in Bezug zum ganzen Urteil, zu jeder Ziffer der Disposition in einheitlicher Weise. Sagt dann das Gesetz, die "Rechtskraft" werde gehemmt, so dürfte diese also in bezug auf das gesamte Urteil gedacht sein. Gleiches gilt für die Vollstreckbarkeit.
- Schliesst man von jenen Gesetzen, die eine ausdrückliche Regelung treffen, auf jene, die das nicht tun, so stützt das dieses Ergebnis. Beschränken nämlich verschiedene Gesetze den Suspensiveffekt ausdrücklich auf den Umfang der Anträge, so gehen sie doch offenbar davon aus, dass es einer solchen ausdrücklichen Regelung bedürfe, um den gewünschten Umstand herbeizuführen, dass also diese Regelung m.a.W. nicht den allgemeinen Grundsätzen entspricht und als Ausnahme zu gelten hat. Rein zahlenmässig ist das dadurch belegt, dass sieben Gesetze²⁾ diese Ausnahme vorsehen, während nur eines³⁾ den Grundsatz ausdrücklich bestätigt. Wenn die restlichen Gesetze schweigen, so deutet das alsdann darauf hin, dass sie dem allgemeinen Grundsatz folgen wollen. Dass aber die vollumfängliche Hemmung den Grundsatz, die Beschränkung auf den Umfang der Anträge die Ausnahme darstellt, lässt sich anhand des Charakters der Berufung zu-

1) § 200 Abs. 4 ZPO ZG

2) Vgl. oben S. 112 Anm. 2

3) Art. 344 ZPO SH

mindest nicht zurückweisen: primär ist doch das erste das dem Rechtsmittel angemessene, das zweite dagegen nur ein Mittel, um unerwünschte "Nebenwirkungen" zu vermeiden.

- Für die Annahme der Beschränkung auf den Umfang der Anträge spricht dagegen, dass es wenig sinnvoll scheint, die im Urteil enthaltene und nicht angefochtene Entscheidung über einen (Teil-)Anspruch nicht rechtskräftig und vollstreckbar werden zu lassen, weil der im gleichen Urteil enthaltene Entscheid über einen anderen (Teil-)Anspruch angefochten wurde. Wurden fünf einfache Streitgenossen zur Leistung verpflichtet und es ficht nur einer von ihnen das Urteil an, oder wurde der Beklagte zu Zahlung von 10'000 verurteilt und macht er mit der Berufung geltend, er müsse nur 5000 leisten, so erschiene es sinnvoll, den Urteilen mit Bezug auf die vier Streitgenossen bzw. die Leistung der nicht angefochtenen 5000 die Vollstreckbarkeit – und als deren Voraussetzung die Rechtskraft – zuzuerkennen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die in Frage stehenden Gesetze zwanglos dahin ausgelegt werden können, dass sie die Hemmung der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit im vollen Umfang und unbekümmert um die Berufungsanträge anordnen wollen. Ob demgegenüber die Annahme einer Beschränkung auf den Umfang der Anträge, obwohl der Gesetzestext dies in keiner Weise andeutet, nicht die Grenzen erlaubter Auslegung überschreitet, ist fraglich. Alsdann aber stünde nur die Möglichkeit offen, auf dem Wege der richterlichen Lückenfüllung vorzugehen, was der Bestand einer Lücke voraussetzte. Eine solche kann aber hier nicht angenommen werden, weil die getroffene Regelung vielleicht zu einer nicht allzu befriedigenden, nicht jedoch zu einer stossenden Lösung führt¹⁾.

Bei jenen Gesetzen, die sich über den Umfang des Suspensiveffektes der Berufung nicht aussprechen, ist also die Meinung die, dass er

1) Vgl. Meier-Hayoz, Richter als Gesetzgeber, S. 67

die Rechtskraft in vollem Umfange hemme¹⁾.

Hinzuweisen bleibt noch auf eines: Ordnet ein Gesetz an, dass die Berufungsanträge nachträglich noch erweitert werden können²⁾, so bedeutet das zwingend, dass die Suspensivwirkung umfassend sein muss³⁾.

b) Rekurs

Für den Rekurs dürfte aus Gründen der Konsequenz das gleiche gelten. Ordnet ein Gesetz an, dass der Rekurs Rechtskraft oder Vollstreckbarkeit hemme oder dgl., so kann das nicht anders ausgelegt werden als bei der Berufung. Es tritt also in solchen Fällen Suspensiveffekt im vollen Umfang ein.

Keine Rolle spielt in dieser Beziehung die Frage, ob die aufschiebende Wirkung automatisch eintrete oder – und dies im Unterschied zur Berufung – nur auf besondere Anordnung hin. Es handelt sich dabei lediglich um eine Frage nach dem "Wie" des Eintrittes der aufschiebenden Wirkung, und diese Frage hat nichts zu tun mit ihrem Inhalt.

Ebenso kann aus dem Charakter des Rekurses nichts anderes abgeleitet werden: es handelt sich um ein Rechtsmittel, das in gewissen Fällen an Stelle der Berufung tritt⁴⁾, und im übrigen sein Hauptanwendungsgebiet in der Anfechtung prozessleitender Entscheide hat^{5) 6)}. Soweit die berufsähnliche Funktion in Frage steht, kann auf das oben Gesagte verwiesen werden. In bezug auf die Anfechtung prozessleitender Entscheide ergibt sich im Ergebnis nichts anderes. Wird

1) So auch Müller S. 69 in bezug auf die thurgauische Berufung, ferner Hagenbüchle S. 46 f.; ZR 41 Nr. 26 1, 70 Nr. 33
vgl. aber Helberg S. 56

2) Wie das in § 322 Abs. 2 aZPO ZH der Fall war.

3) Guldener S. 391 Anm. 122

4) Z.B. § 271 Ziff. 1 ZPO ZH; vgl. auch Guldener S. 514 f.

5) Z.B. § 271 Ziff. 5 ZPO ZH; vgl. auch Guldener S. 515 ff.

6) Guldener S. 505

z.B. eine Prozesskaution angefochten, weil sie zu hoch angesetzt wurde, so ist anzunehmen, die Kautionspflicht werde gesamthaft gehemmt, nicht nur in bezug auf den angefochtenen Teil.

2. Nichtigkeitsbeschwerde und Revision

Soweit die Gesetze diese Rechtsmittel kennen und der Umfang des Suspensiveffektes nicht ausdrücklich geregelt ist, dürfte eine Beschränkung auf den Umfang der Anträge anzunehmen sein. Dies ergibt sich schon daraus, dass diese Rechtsmittel nur dann aufschiebende Wirkung haben, wenn es durch den Rechtsmittelrichter angeordnet wurde. Dem Rechtsmittelcharakter entspricht alsdann eine Hemmung nur im Umfang der Anträge ¹⁾.

§ 6 ZUSAMMENFASSUNG

Der Suspensiveffekt ist eine Eigenschaft, die Rechtsmitteln im materiellen Sinne vom Gesetz beigelegt werden kann und die darin besteht, dass durch die Einlegung des Rechtsmittels der Eintritt der Wirkungen des angefochtenen Entscheides gehemmt wird.

Im einzelnen ist dazu folgendes festzuhalten: Rechtsmittel im materiellen Sinne umfassen nebst den in der ZPO unter dem Abschnitt "Rechtsmittel" aufgezählten auch die Einsprache. Sodann hat sich ergeben, dass die gesetzliche und in einem grossen Teil der Lehre vertretene Umschreibung, wonach der Suspensiveffekt Rechtskraft und/oder Vollstreckbarkeit hemme, zu eng ist. Die Hemmung der formellen Rechtskraft allein hat praktisch keine Auswirkung, der Vollstreckbarkeit ist nicht jeder Entscheid fähig. So würde der Suspensiveffekt

1) Vgl. Sträuli/Messmer zu § 294 ZPO

eines gegen ein Gestaltungsurteil auf Auflösung einer AG oder gegen einen Beweisauflagebeschluss gerichteten Rechtsmittels nach dieser Definition wirkungslos bleiben und seine Erteilung könnte ohne Schaden unterlassen werden. Für eine solche Einschränkung ist kein Grund ersichtlich, weshalb Suspensiveffekt m.E. Hemmung von Entscheidungswirkungen ist.

Der Suspensiveffekt wird erst wirksam, wenn das Rechtsmittel eingelegt ist. Die Hemmung der Rechtskraft während der Rechtsmittelfrist ist – im Gegensatz zu einem Teil der Lehre – nicht eine Folge der aufschiebenden Wirkung. Der Suspensiveffekt tritt entweder, wenn das Gesetz es so vorsieht, automatisch mit der Einlegung des Rechtsmittels ein oder er muss durch besondere Verfügung (Beschluss) erteilt bzw. entzogen werden. In bezug auf letzteres hat sich folgendes ergeben: Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung ist ein Ermessensentscheid. Dieses Ermessen richtet sich nach den Kriterien der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels und den der einen oder der anderen Partei bei Erteilung bzw. Nichterteilung drohenden Nachteile. Diese beiden Faktoren sind gegeneinander abzuwägen, wobei der Frage der Rechtsmittelaussichten im Zweifel der Vorrang einzuräumen ist.

Es stellte sich sodann die Frage, ob der Suspensiveffekt ohne Vorliegen eines Parteiantrages von Amtes wegen erteilt werden dürfe. Das ist in der Regel abzulehnen, es sei denn, es bestehe in einem bestimmten Fall ein öffentliches Interesse daran; so etwa bei der Ehescheidung oder einer Klage auf Aufhebung der Vaterschaft. Im übrigen steht dem Rechtsmittelrichter nur die Möglichkeit offen, mittels der richterlichen Aufklärungspflicht – ein aus dem Fragerecht sich ergebendes Institut – die Partei allenfalls auf die Befugnis zur Stellung eines entsprechenden Antrages hinzuweisen.

Gegen den Präsidialentscheid über die aufschiebende Wirkung ist als primäres Rechtsmittel die Einsprache an das Kollegialgericht gegeben. Soweit es nicht um die aufschiebende Wirkung einer Nichtig-

keitsbeschwerde geht, kann in seltenen Fällen auch Nichtigkeitsbeschwerde in Frage kommen.

Verschiedentlich sieht das Gesetz vor, dass die Erteilung bzw. das Weiterdauern des Suspensiveffektes von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden könne. Diese kann m.E. nicht der Sicherstellung eines allenfalls aus der aufschiebenden Wirkung resultierenden Schadens dienen, weil diesbezüglich allermeist keine Schadensersatzpflicht gegeben ist. Vielmehr kann es nur darum gehen, die künftige Vollstreckung bei allfälliger Abweisung des Rechtsmittels zu sichern. Dies aber nur insoweit, als nicht eine Geldzahlung Streitgegenstand ist – dann ist nur das SchKG anwendbar. Es handelt sich dabei um eine vorsorgliche Massnahme, die geeignet ist, die starre Regelung des Suspensiveffektes in dem Sinne zu ergänzen, dass eine dem Einzelfall besser angepasste Regelung getroffen werden kann.

Wird Berufung oder Rekurs unzulässigerweise eingelegt, so tritt der Suspensiveffekt trotzdem ein, es sei denn, der Mangel an einer Rechtsmittelvoraussetzung sei offensichtlich. Er fällt erst mit dem Nichteintretensentscheid wieder weg.

In bezug auf den Umfang des Suspensiveffektes besteht oft eine gesetzliche Regelung. Damit verhält es sich in der Regel so, dass bei Berufung und Rekurs nur eine Hemmung im Umfang der Anträge eingreift. Soweit aber aus dem Gesetz nichts zu entnehmen ist, muss m.E. angenommen werden, dass bei Berufung und Rekurs eine vollumfängliche Hemmung, bei Nichtigkeitsbeschwerde und Revision lediglich eine Hemmung im Umfang der Anträge gewollt ist.

2. TEIL:

DER SUSPENSIVEFFEKT BEI BETREIBUNGS- RECHTLICHEN RECHTSMITTELN

§ 7 DIE ZU UNTERSUCHENDEN RECHTSMITTEL

Im Rahmen des Betreibungsverfahrens gibt es verschiedene Rechtsmittel. Es sind dies die Beschwerde¹⁾ und die Weiterziehung des Beschwerdeentscheides an die obere kantonale Aufsichtsbehörde²⁾ und schliesslich an das Bundesgericht³⁾ als eigentliche betreibungsrechtliche, d.h. vom SchKG geregelte Rechtsmittel. Daneben existieren die Rechtsmittel, die gegen gerichtliche Entscheide im Rahmen des Betreibungsverfahrens offenstehen. Diese sind Rechtsmittel des kantonalen Zivilprozessrechtes, für die das SchKG keine umfassende Regelung trifft. Es handelt sich um⁴⁾ die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Rechtsöffnungsentscheide⁵⁾, und den Rekurs gegen Entscheide betreffend Konkurseröffnung⁶⁾ und Wechselrechtsvorschlag⁷⁾. Nicht berücksichtigt werden hier die Klagen, die zwar durch ein Betreibungsverfahren veranlasst werden, jedoch in Form eines ordentlichen Zivilprozesses behandelt werden (z.B. Aberkennungsklage, Rückfor-

1) Art. 17 SchKG

2) Art. 18 SchKG

3) Art. 19 SchKG

4) nach zürcherischem Prozessrecht

5) Die Rechtsöffnung wird vom Einzelrichter im summarischen Verfahren ausgesprochen (§ 213 Ziff. 2 ZPO). Gegen diesen Entscheid ist der Rekurs ausgeschlossen (§ 272 Ziff. 3 ZPO), so dass die Nichtigkeitsbeschwerde bleibt (§ 281 ZPO).

6) Auch hier ist der Einzelrichter im summarischen Verfahren zuständig (§ 213 Ziff. 5 ZPO). Gegen seinen Entscheid ist Rekurs zulässig, soweit es nicht um eine Wechselbetreibung geht (§ 272 ZPO).

7) Gemäss §§ 213 Ziff. 6, 272 ZPO

derungsklage), so dass die zivilprozessualen Rechtsmittel anwendbar sind. Für den Suspensiveffekt jener Rechtsmittel gelten die an jener Stelle festgehaltenen Grundsätze ¹⁾.

1. Die betreibungsrechtliche Beschwerde und die Weiterziehung an die oberen Aufsichtsbehörden sind weitgehend durch das SchKG geregelt ²⁾. Für den Suspensiveffekt dieser Rechtsmittel ist SchKG 36 anwendbar.

2. Die Rechtsmittel gegen Rechtsöffnungsentscheide, Konkursdekrete und Bewilligungen des Wechselrechtsvorschlages dagegen sind nicht allein einer bundesrechtlichen Regelung unterworfen. Für sie gilt weitgehend das kantonale Prozessrecht, weil sie sich nicht gegen Entscheide der Betreibungsbehörden, sondern (kantonal) gerichtlicher Instanzen richten ³⁾. Dennoch hat das Bundesrecht einen gewissen Einfluss auf sie. Es stellt sich also die Frage, welches Recht für den Suspensiveffekt dieser Rechtsmittel anwendbar ist. Dabei lässt sich unterscheiden zwischen Rechtsmitteln, die das Bundesrecht nicht vorsieht, deren Einführung es aber den Kantonen freistellt, und solchen, die zwar grundsätzlich im SchKG vorgesehen sind, deren nähere Ausgestaltung aber dem kantonalen Recht überlassen bleibt.

a) Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Rechtsöffnungsentscheide

Gegen die Rechtsöffnung sieht das Bundesrecht kein Rechtsmittel vor. Schon früh hat sich jedoch die Ansicht durchgesetzt, dass die Kantone frei sind, solche einzuführen ⁴⁾. Der Kanton Zürich hat dies

1) Weber/Brüstlein N 2 zu Art. 36 SchKG

2) Art. 17-21, 36 SchKG; vgl. BGE 47 III 126, 50 III 190

3) Vgl. Art. 22 SchKG

4) Fritzsche I S. 136; die Kantone können sogar das ordentliche Rechtsmittel der Berufung vorsehen.

getan, indem er die Nichtigkeitsbeschwerde zulässt¹⁾. Steht nun die Einführung von Rechtsmitteln im Belieben der Kantone, so muss dann, wenn sie davon Gebrauch machen, auch deren Ausgestaltung Sache des kantonalen Rechts sein, und zwar ausschliesslich des kantonalen Rechts. Damit richtet sich die Frage nach dem Suspensiv-effekt eines solchen Rechtsmittels nur nach diesem Recht, Art. 36 SchKG ist nicht anwendbar²⁾. Der Suspensiveffekt der zürcherischen Nichtigkeitsbeschwerde gegen Rechtsöffnungsentscheide richtet sich also nach § 286 ZPO, einer Vorschrift, die sich zumindest im Grundsätzlichen von Art. 36 SchKG nicht wesentlich unterscheidet.

b) Anders verhält es sich mit den beiden anderen Rechtsmitteln. Sowohl gegen den Entscheid über den Wechselrechtsvorschlag als auch die Konkurseröffnung sieht das Bundesrecht ein Rechtsmittel vor, nämlich die "Berufung"³⁾. Dieses Rechtsmittel ist aber nicht vollständig vom Bundesrecht geregelt, so dass die Kantone das Verfahren zu bestimmen haben⁴⁾, soweit das Bundesrecht keine Vorschriften enthält.

In bezug auf den Suspensiveffekt stellt nun das Bundesrecht eine Bestimmung auf: Art. 36. Diese Vorschrift bezieht sich ausdrücklich auch auf die "Berufung", also das hier zur Diskussion stehende Rechtsmittel. Alsdann ist aber eine Anwendung der entsprechenden kantonalen Norm nicht möglich. Das hat zur Folge, dass in diesen

1) Vgl. oben S. 123 Anm. 5

2) BGE 47 III 67 f., 101 III 42 E. 2; Blumenstein S. 265.
Damit ist die alte Praxis, wonach die Kantone zwar Rechtsmittel, insbesondere die Berufung, gegen Rechtsöffnungsentscheide vorgesehen, diesen aber nicht Suspensiveffekt beilegen dürfen, überholt, vgl. BGE 23 I 955, 29 I 118, 181 f.
Vgl. auch ZR 49 Nr. 48 und 67 Nr. 113, wo die Befugnis der Kantone, Rechtsmittel mit Suspensiveffekt zuzulassen, offenbar als selbstverständlich vorausgesetzt wird.

3) Art. 185 SchKG in bezug auf den Wechselrechtsvorschlag, Art. 174 für das Konkursdekret.

4) Art. 25 Ziff. 2 SchKG

Fällen der zürcherische Rekurs – der die Funktion der vom SchKG statuierten "Berufung" innehat¹⁾ – nicht, wie das nach kantonalem Recht der Fall wäre, automatisch aufschiebende Wirkung hat, sondern nur auf ausdrückliche Anordnung hin²⁾.

§ 8 DER EINTRITT DES SUSPENSIVEFFEKTES

I Eintritt nur auf besondere Anordnung hin

1. Das geltende Recht

Gemäss Art. 36 SchKG haben die genannten betreibungsrechtlichen Rechtsmittel nur "auf besondere Anordnung" hin Suspensiveffekt. Das bedeutet, dass zwischen Einlegung der Rechtsmittel und Erteilung des Suspensiveffektes notwendigerweise eine gewisse Zeit verstreicht, die dadurch bedingt ist, dass die Rechtsmittelinstanz zunächst eine summarische Prüfung der Rechtsmittelaussichten vorzunehmen hat. Der angefochtene Entscheid entfaltet also während dieser Zeit Wirkungen, was zu Unzukömmlichkeiten führen kann. So kann es dem Betreibungsamt auch nach der Erhebung einer Beschwerde gegen die Pfändungsankündigung freistehen, die Pfändung durchzuführen. Wird nachher Suspensiveffekt erteilt, so ist Vermögen des Schuldners trotzdem schon vom Pfändungsbeschluss erfasst. Wird die Konkurs-eröffnung angefochten, so schreitet das Konkursamt zur Aufnahme des Inventars und zur Schliessung und Versiegelung von Werkstätten etc. des Schuldners und nimmt Bargeld usw. in Verwahrung (Art. 221 ff. SchKG). Wird nachher Suspensiveffekt erteilt, hat sich der Schuldner diese Beschränkungen schon gefallen lassen müssen.

1) Vgl. oben S. 123 Anm. 6 und S. 123 Anm. 7

2) Vgl. Favre S. 245; Fritzsche II S. 13/14; Sträuli/Messmer N 2 zu § 275 ZPO

Ueberdies wird durch die erstinstanzliche Konkursöffnung die Dispositionsbefugnis des Schuldners beschränkt (Art. 204 SchKG), wird nachher bei Erteilung des Suspensiveffektes wieder hergestellt, um schliesslich, falls die Berufung abgewiesen wird, wieder beschränkt zu werden. Das ergibt praktische Komplikationen¹⁾.

2. Rechtspolitische Würdigung

Im Lichte dieser Feststellungen fragt es sich de lege ferenda, ob der Suspensiveffekt betreibungsrechtlicher Rechtsmittel nicht sinnvoller automatisch mit deren Einlegung eintreten solle. Dabei sind zwei Elemente zu beachten: einerseits der Rechtsmittelcharakter mit seinen Auswirkungen, andererseits die Tatsache, dass es um das Vollstreckungsverfahren geht.

a) Rechtsmittelcharakter

Diese Untersuchung geht aus vom Satz: "Soweit ein Rechtsmittel rechtswirksam nur innert relativ kurzer Frist eingereicht werden kann und sich das Rechtsmittelverfahren demzufolge in einem Zuge an das bereits durchgeführte Verfahren anschliesst, liegt es legislatorisch nahe, das Rechtsmittel mit Suspensiveffekt auszustatten. Es wäre wenig sinnvoll, eine Entscheidung auf die Gefahr hin zu vollziehen, dass sie im Rechtsmittelverfahren aufgehoben oder angeändert wird."²⁾ In dieser Beziehung sind die verschiedenen Rechtsmittel zu untersuchen:

1) Ausser acht gelassen wird vorerst die Frage, ob nicht die Erteilung des Suspensiveffektes rückwirkend (ex tunc) gilt. Dadurch würden die praktischen Komplikationen vermindert. Vgl. im übrigen unten S. 181 ff.

2) Guldener S. 486 f.

aa) Beschwerde und Weiterziehung

Die Frist, innert der diese Rechtsmittel zu erheben sind, beträgt zehn Tage¹⁾. Es kann also gesagt werden, dass das Rechtsmittelverfahren unmittelbar an das vorangegangene Verfahren anschliesst. Vergleicht man in bezug auf die Kognitionsbefugnis der Rechtsmittelinstanz mit dem zürcherischen Zivilprozessrechtsmittelsystem, so stellt man fest, dass dort Berufung und Rekurs, also jene Rechtsmittel, die eine weitgehende Ueberprüfung des angefochtenen Entscheides erlauben, automatischen Suspensiveffekt aufweisen²⁾, während die Nichtigkeitsbeschwerde und die Revision nur eine eingeschränkte Kognition gewähren und nur dann aufschiebende Wirkung haben, wenn dies besonders angeordnet wird³⁾. Diese Feststellung steht in Verbindung mit der Tatsache, dass die beiden ersten Rechtsmittel sich unmittelbar an den angefochtenen Entscheid anschliessen, während die anderen auch noch nach längerer Frist erhoben werden können⁴⁾. Es wird also der Schluss erlaubt sein, dass das Bedürfnis nach einer aufschiebenden Wirkung sich dann noch verstärkt zeigt, wenn neben die kurze Rechtsmittelfrist noch eine breite Kognitionsbefugnis tritt. Dann sind nämlich die Möglichkeiten einer Abänderung des angefochtenen Entscheides grösser als bei beschränkter Kognitionsbefugnis.

Wendet man die bis jetzt gefundenen Kriterien auf die betriebsrechtliche Beschwerde an, so möchte scheinen, deren Charakter lege eine automatische aufschiebende Wirkung nahe. Zumindest schliesst er eine solche nicht aus. Einmal beträgt die Beschwerdefrist nur zehn Tage, zum anderen weist das Rechtsmittel einen recht

1) SchKG Art. 17 Abs. 2, 18 Abs. 1, 19 Abs. 1. In gewissen Ausnahmefällen kann jedoch jederzeit Beschwerde geführt werden.

2) §§ 260, 275 ZPO

3) §§ 286, 294 ZPO

4) §§ 287 Abs. 1 2. Satz, 295 Abs. 1 ZPO

breiten Kognitionsbereich auf¹⁾, so dass sie eine nicht unerhebliche Gefahr für den Bestand der angefochtenen Verfügung darstellt. Dasselbe gilt für die Weiterziehung an die obere kantonale Aufsichtsbehörde, mit der einen Einschränkung, dass diese in zeitlicher Hinsicht schon weiter von der angefochtenen Verfügung entfernt ist. Der Weiterzug ans Bundesgericht schliesslich bringt eine Einengung des Kognitionsbereiches mit sich, indem nur noch Gesetzesverletzung, nicht mehr blosse Ermessensfehler geltend gemacht werden können²⁾. Zusammen mit der noch weiteren zeitlichen Entfernung von der angefochtenen Verfügung bewirkt das nun eine Herabsetzung des Bedürfnisses nach einer Suspensivwirkung.

bb) "Berufung" gegen Konkursdekret und Entscheid über den Wechselrechtsvorschlag

aaa) Rekurs gegen das Konkursdekret

In bezug auf dieses Rechtsmittel lässt sich das gleiche sagen wie oben. Einerseits ist auch hier die Beschwerdefrist kurz³⁾ und die Kognitionsbefugnis weit gefasst⁴⁾. Dazu kommt, dass eine zu Unrecht

1) Es können sowohl Gesetzesverletzungen als auch Ermessensfehler gerügt werden, Art. 17 Abs. 1 SchKG. Vgl. Deggeler S. 21; der kantonalen Aufsichtsbehörde stehe eine umfassende Prüfungsbefugnis nach allen Seiten zu, wohingegen die Kognition des Bundesgerichtes auf eine revisio in iure beschränkt sei. Vgl. auch BGE 52 III 177

2) Art. 19 Abs. 1 SchKG; Deggeler S. 21
Vgl. auch BGE 45 III 93 E. 2, wonach das Bundesgericht in der rechtlichen Würdigung frei und nicht an die von den Parteien geltend gemachten Ausführungen gebunden ist, und BGE 43 III 90 f. E. 1, 51 III 176 E. 1, wonach das Bundesgericht an die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Entscheides gebunden ist, es sei denn, diese wären aktenwidrig.

3) 10 Tage gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG

4) Das Obergericht kann Verfahren und Entscheid überprüfen, natürlich unter Ausschluss der Frage, ob die in Vollstreckung befindliche Forderung bestehe (Zahner S. 57). Novenrecht ist gegeben, und zwar sowohl hinsichtlich solcher Tatsachen, die sich vor dem angefochtenen Entscheid ereignet haben (Favre S. 245; Fritzsche II S. 15), als auch nach neuer Rechtsprechung auf solche, die erst später sich zugetragen haben (ZR 76 Nr. 1).

ausgesprochene Konkursöffnung für den Schuldner sehr weitreichende Folgen hat, so dass noch zusätzlich ein Bedürfnis besteht, den Eintritt der Rechtskraft und damit der Wirkungen nicht vorzeitig zuzulassen. Dieses zeigt sich auch darin, dass selbst das Bundesgericht im Rahmen von Art. 36 SchKG versucht, eine Lösung zu konstruieren, die eine vorzeitige Vollstreckung verhindern soll: Es führt aus, dass die Meinung, nach der ein Entscheid der Aufsichtsbehörde sofort vollstreckbar werde ungeachtet der Weiterzugsmöglichkeit zwar theoretisch denkbar sei, jedoch "cette déduction risquerait d'aboutir pratiquement à des conséquences souvent inadmissibles". Daher sei mit der Vollstreckung zuzuwarten bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist und weiter, falls das Rechtsmittel erhoben und ein Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt sei, bis zum Entscheid über den Suspensiveffekt¹⁾. Da Art. 36 SchKG auch für den Rekurs gegen das Konkurserkennntnis massgebend ist, dürften diese Erwägungen auch hier Gültigkeit haben. Im Ergebnis läuft nun dies doch darauf hinaus, dass der Suspensiveffekt mit Erheben der Berufung automatisch eintritt.

bbb) Rekurs gegen den Entscheid über die Bewilligung des Wechselrechtsvorschlages

Auch dieses Rechtsmittel zeichnet sich aus durch eine kurze Frist²⁾, eine weite Kognitionsbefugnis³⁾ sowie durch unbeschränkte Zulässigkeit von Nova⁴⁾. Dies spricht an sich dafür, dass auch hier ein automatisch eintretender Suspensiveffekt dem Rechtsmittel besser angemessen wäre.

1) BGE 78 III 59; ebenso PKG 1969 S. 154 Nr. 80

2) 5 Tage gemäss Art. 185 SchKG

3) Die Ueberprüfung muss im gleichen Umfang möglich sein wie vor erster Instanz (Fritzsche II S. 27).

4) So das Zürcher Obergericht in SJZ 74 S. 348 Nr. 66, einem Entscheid, der im Anschluss an ZR 76 Nr. 1 ergangen ist.

b) Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren

Zu den bis hierher betrachteten kommt aber noch ein weiterer Aspekt hinzu: während es bei den zivilprozessualen Rechtsmitteln um die Anfechtung eines Entscheides im Erkenntnisverfahren geht, handelt es sich hier um Rechtsmittel innerhalb des Vollstreckungsverfahrens. Dies ist ein wesentlicher Unterschied: während die aufschiebende Wirkung im Erkenntnisverfahren (meist) den Zweck hat, die Vollstreckung einer noch nicht rechtskräftig festgestellten Verpflichtung zu verhindern, handelt es sich bei der Beschwerde "nur" darum, einen innerhalb des Vollstreckungsverfahrens in die schon rechtskräftig festgestellte Pflicht begangenen Fehler zu korrigieren. Das sind zwei völlig verschieden zu gewichtende Dinge: einmal geht es um die Frage, ob überhaupt eine Verpflichtung besteht, das andere Mal darum, ob innerhalb der Vollstreckung richtig verfahren wurde. Dieser Unterschied wird dadurch etwas abgeschwächt, dass auch die Rechtsmittel des Erkenntnisverfahrens dazu dienen können, blosse Verfahrensfehler zu rügen, die sich auf den materiellen Ausgang des Prozesses nicht unbedingt auswirken müssen.

Erteilung des Suspensiveffektes bedeutet nun in jedem Fall mindestens einen Zeitverlust für den Gläubiger. Liesse man nun den Suspensiveffekt automatisch eintreten, so wäre es dem Schuldner ein leichtes, missbräuchlich das Verfahren zu verzögern. Er brauchte nur ein Rechtsmittel einzulegen, um jedes weitere Prozedieren vorerst zu verhindern. Das ist weder im Erkenntnis- noch im Vollstreckungsverfahren erwünscht. Im Erkenntnisverfahren ist jedoch diese Gefahr eher in Kauf zu nehmen, weil es um den Bestand der materiellen Verpflichtung geht. Das Interesse, die Vollstreckung falscher Entscheide zu verhindern, ist hier wohl grösser als jenes, dem Schuldner keine Möglichkeit zu missbräuchlicher Verzögerung zu geben. Das Vollstreckungsrecht andererseits ist aber seiner Natur nach härter gegen den Schuldner, eben weil schon feststeht, dass er zur Leistung verpflichtet ist. Die Interessen des Gläubigers gehen daher im Zweifel jenen des Schuldners vor. Die Möglichkeiten missbräuch-

lichen Verzögerens sind hier mithin strenger einzuschränken als im Erkenntnisverfahren, selbst wenn das dazu führt, dass der Schuldner in gewissen Fällen vielleicht ungerechtfertigte Nachteile erleidet.

Diese Erwägungen sprechen nun für die Lösung, wie das SchKG sie in Art. 36 getroffen hat. Der Suspensiveffekt tritt nur nach einer Prüfung der Rechtsmittelaussichten auf besondere Anordnung der Rechtsmittelinstanz hin ein, womit dem Schuldner die Möglichkeit missbräuchlicher Verzögerung weitgehend genommen ist¹⁾.

c) Zusammenfassung

Es hat sich also ergeben, dass eine Beurteilung aufgrund des Rechtsmittelcharakters in gewissen Fällen für einen automatischen Eintritt des Suspensiveffektes spricht. Zum gegenteiligen Postulat gelangt man aber, wenn man sich die Eigenheiten des Vollstreckungsverfahrens vor Augen führt. Die sich widersprechenden Argumente sind nun gegeneinander abzuwägen.

Dabei überwiegt die dem Vollstreckungsrecht eigene Tendenz zur Härte gegen den Schuldner. Mögen gewisse Rechtsmittel an sich auch die Voraussetzungen für einen automatisch eintretenden Suspensiv-effekt erfüllen, so sind doch auch diese Rechtsmittel innerhalb des Vollstreckungsverfahrens. Dieses enthält aber das Bestreben, eine Regelung zu treffen, die einen möglichst zügigen und von Verzögerungen freien Ablauf des Verfahrens gewährleistet. Das führt zum Schluss, dass die geltende Regelung des Art. 36 SchKG als richtig anzusehen ist, der Suspensiveffekt also nur auf besondere Anordnung hin eintreten soll. Dass das die eingangs erwähnten Nachteile aus der Sicht des Schuldners haben kann, ist in Kauf zu nehmen.

1) Eben dies dürfte das Motiv des Gesetzgebers gewesen sein, die besagte Regelung zu treffen, vgl. Sorg S. 85.

II Erteilung auf Antrag oder von Amtes wegen?

1. Gemäss Art. 36 SchKG tritt Suspensiveffekt "nur auf besondere Anordnung der Behörde", an die das Rechtsmittel gerichtet ist, ein. Es stellt sich die Frage, wann diese Behörde eine solche besondere Anordnung trifft, ob nur auf Antrag oder aber auch von Amtes wegen. Zu der selben Fragestellung bei der zürcherischen Nichtigkeitsbeschwerde und Revision habe ich die Ansicht vertreten, dass ein Antrag grundsätzlich erforderlich sei und nur in Ausnahmefällen davon abgesehen werden könne¹⁾. Für das Betreibungsrecht werden in Literatur und Rechtssprechung kontroverse Meinungen geäussert. Während zum Teil ohne weiteres die Erteilung des Suspensiveffektes von Amtes wegen ohne Antrag einer Partei zugelassen wird²⁾, führen andere Autoren aus, dass in der Regel ein Antrag notwendig sei und nur in gewissen Ausnahmefällen davon abgesehen werden könne³⁾.

Die Auffassung, wonach ein Parteiantrag nicht notwendig sei, findet zwei Begründungen: Das Bundesgericht glaubt dies "nach dem System des Betreibungsgesetzes" zu erkennen⁴⁾, während Jaeger die Befugnis der Aufsichtsbehörden zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung von Amtes wegen aus Art. 13, 15 und 21 SchKG ableitet⁵⁾. Andere Autoren begründen ihre Ansicht überhaupt nicht⁶⁾.

Die weniger weit gehende Meinung, wonach in der Regel ein Antrag vorauszusetzen sei, wird direkt nicht begründet, sondern es wird lediglich sogleich auf Ausnahmen hingewiesen: Deggeler hält in bezug auf die Weiterziehung an das Bundesgericht dafür, dass Suspensiveffekt dann von Amtes wegen aufgrund Art. 15 Abs. 1 SchKG

1) Vgl. oben S. 41 ff.

2) BGE 36 I 427; PKG 1969 S. 154 Nr. 80; Blumenstein S. 90; Favre S. 66; Jaeger N 3 zu Art. 36 SchKG; Sorg S. 85

3) Deggeler S. 100; Georg Huber S. 50; Zahner S. 64

4) BGE 36 I 427

5) Jaeger N 3 zu Art. 36 SchKG; so auch Deggeler S. 100

6) Blumenstein S. 90; Favre S. 66; Sorg S. 85

erteilt werden könne, wenn öffentliche Interessen dies nahelegten¹⁾, wohingegen Zahner für die Berufung gegen das Konkurserkennntnis die Erteilung von Amtes wegen nur dann zulassen will, "wenn der Berufungskläger ein entsprechendes Begehren zu stellen vergessen hat und die Berufung offensichtlich begründet ist; denn in diesem Fall wäre ein Vollzug der Konkurseröffnung nicht sinnvoll"²⁾.

Herrschende Lehre ist demnach, dass bei den Rechtsmitteln, deren Suspensiveffekt sich nach Art. 36 SchKG richtet, diese von Amtes wegen erteilt werden darf. Diese Aussage ist im folgenden auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.

2. Auszugehen ist von der oben gemachten Feststellung³⁾, dass die Erteilung des Suspensiveffektes allein im Interesse der Parteien liege und daher grundsätzlich von einem Antrag abhängig sei. Dies gilt für den Zivilprozess. Es stellt sich die Frage, ob die Interessenlage im Betreibungsrecht anders gelagert sei, so dass die umgekehrte Lösung richtig erscheint. Besteht m.a.W. hier ein öffentliches Interesse daran, dass Suspensiveffekt erteilt wird?

Für das Zivilprozessrecht kann gesagt werden, dass, wenn schon das Erheben von Rechtsmitteln in das Belieben der Parteien gestellt ist, erst recht die Erteilung der aufschiebenden Wirkung als untergeordnete Frage – soweit ihn das Gesetz nicht als automatische Folge an das Einlegen des Rechtsmittels knüpft – eines Antrages bedarf. Im Betreibungsrecht steht nun das Erheben von Rechtsmitteln ebenfalls im Belieben der Parteien. Im Unterschied zum Zivilprozessrecht aber ist es dem Betreibungs- oder Konkursamt gestattet, eine Entscheidung von sich aus abzuändern⁴⁾. Die Betreibungsbehörden sind also in der Aenderung von Entscheiden freier als der Richter.

1) Deggeler S. 100

2) Zahner S. 64 f.

3) Vgl. oben S. 44

4) Fritzsche I S. 50 f.; Guldener S. 362 ff.

Daraus kann man Schlüsse ziehen in bezug auf die Durchsetzung unrichtiger Entscheide: wenn der Bestand der Entscheidung weniger gesichert ist, so soll auch seine Durchsetzung einer grösseren Gestaltungsfreiheit seitens der Behörden unterliegen. Können die Behörden den Entscheid ändern, so sollen sie (in maiore minus) auch seine Vollziehung hindern können, ohne von einem Parteianstoss abhängig zu sein. Damit ist ein Argument zugunsten der Erteilung der aufschiebenden Wirkung von Amtes wegen gewonnen. Aber ein öffentliches Interesse an der Erteilung der Suspensivwirkung ist damit nicht belegt.

Oeffentliches Interesse besteht dann, wenn an der betreffenden Frage nicht nur die Verfahrensbeteiligten, sondern jedermann interessiert ist¹⁾. So ist z. B. die Allgemeinheit an den Belangen des Kindeswohls interessiert, woraus sich die bekannten Folgen ergeben. In bezug auf das Betreibungsverfahren ist zweifellos die Allgemeinheit daran interessiert, dass ein solches Verfahren existiert und wirksame Durchsetzung privater Ansprüche gewährleistet. Dabei handelt es sich um ein Grundprinzip unserer Rechtsordnung. Die Selbsthilfe, die notwendigerweise in Faustrecht ausartet, soll vermieden werden. Daran ist jeder interessiert. Innerhalb des Verfahrensrechtes gibt es auch gewisse Dinge, die ein öffentliches Interesse für sich beanspruchen können. So ist etwa der Verzicht auf Nichtigkeitsbeschwerde, bevor das Gericht überhaupt entschieden hat, nicht möglich, weil ein öffentliches Interesse daran besteht, dass das Verfahren gewissen Minimalanforderungen genügt und mithin deren Missachtung gerügt werden können muss²⁾. Davon zu unterscheiden sind die Fälle, wo am dem Prozess zugrunde liegenden materiellrechtlichen Verhältnis (verfahrensfremde) öffentliche Interessen bestehen

1) Bölsterli S. 23

2) Vgl. Guldener, ZSR 65 S. 228, der einen solchen Rechtsmittelverzicht als sittenwidrig ansieht. Darin liegt die Aussage, dass ein öffentliches Interesse besteht.

und diese sich indirekt auf das Verfahrensrecht auswirken¹⁾. So z.B. bei der Ehescheidung.

Besteht nun an der Erteilung des Suspensiveffektes einer betriebsrechtlichen Beschwerde ein öffentliches Interesse? Generell wohl kaum. Die verfahrensrechtliche Detailfrage, ob Suspensiveffekt erteilt werden solle, dient in erster Linie den Interessen der am Verfahren Beteiligten. Als Grundprinzip der Rechtsordnung, an deren Einhaltung jedermann gelegen sei, kann sie nicht gelten.

Es gibt aber gewisse Minimalanforderungen, an deren Einhaltung die Allgemeinheit interessiert ist. Ausserdem gibt es Fälle, wo "verfahrensfremde" öffentliche Interessen eine Rolle spielen²⁾. Denkbar ist alsdann, dass in diesen Fällen ein öffentliches Interesse die Erteilung gebietet: etwa dann, wenn Beschwerde geführt wird wegen Pfändung militärischer Ausrüstungsgegenstände und es darum geht, deren Verwertung zu verhindern, oder wenn ein unzuständiges Amt eine Pfändung vorgenommen hat. Die Aufsichtsbehörde kann in solchen Fällen ohnehin von Amtes wegen eingreifen. Daraus kann in maiore minus gefolgert werden, dass in solchen Fällen ein öffentliches Interesse bejaht und die Erteilung des Suspensiveffektes von Amtes wegen zugelassen werden muss. Kann die Aufsichtsbehörde schon ohne Beschwerde einschreiten, so muss sie erst recht die Befugnis haben, ein hängiges Beschwerdeverfahren in diesem Sinne zu beeinflussen.

Aus dem unterschiedlichen Charakter des Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahrens ergibt sich nichts. Wenn die Frage, ob eine im Rahmen des Erkenntnisverfahrens festgestellte Pflicht vollstreckt werden solle, obwohl das Urteil angefochten und seine spätere Abänderung nicht unmöglich ist, nur im Parteiinteresse liegt³⁾, so ist nicht einzusehen, warum nun für eine Einzelstufe eben dieses Voll-

1) Vgl. Bölsterli S. 23 f.

2) Z.B. wenn militärische Ausrüstungsgegenstände gepfändet werden.

3) Vgl. oben S. 44

streckungsverfahrens etwas anderes gelten solle.

Es ergibt sich also folgendes: Grundsätzlich besteht an der Erteilung der aufschiebenden Wirkung auch im Betreibungsrecht kein öffentliches Interesse, so dass sie in der Regel von einem Parteiantrag abhängig ist. Insoweit ist der herrschenden Lehre zu widersprechen. Ausnahmsweise kann aber die Aufsichtsbehörde in den Fällen Suspensivwirkung von Amtes wegen zuerkennen, wo die angefochtene Betreibungshandlung nichtig ist. Es handelt sich dabei um Fälle, wo wichtigste Verfahrensgrundsätze verletzt wurden oder wo durchschlagende verfahrensfremde öffentliche Interessen vorliegen. Nur insoweit treffen die dargestellten Begründungen für die Erteilung von Amtes wegen zu. Die m. E. richtigen Aussagen Deggellers und Hubers¹⁾, wonach grundsätzlich ein Antrag erforderlich sei und nur in Fällen, wo ein öffentliches Interesse vorliegt, eine Erteilung von Amtes wegen in Frage komme, sind noch dahin zu präzisieren, dass ein öffentliches Interesse nur in den Fällen besteht, wo die angefochtene Verfügung nichtig ist und die Aufsichtsbehörde sie selbst ohne Beschwerde aufzuheben befugt wäre.

3. a) Für jene Fälle, wo eine Erteilung von Amtes wegen ausgeschlossen ist, fragt es sich, ob nicht eine Möglichkeit bestehe, die rechtsunkundige Partei darauf hinzuweisen, dass sie aufschiebende Wirkung verlangen kann. Es wäre dies das Gegenstück zur richterlichen Aufklärungspflicht im Zivilprozess²⁾.

Eine solche Aufklärungspflicht findet im Betreibungsrecht keine ausdrückliche Stütze. Zwar ist durch die bestehenden amtlichen Formulare dafür Sorge getragen, dass die Parteien möglichst ohne rechtlichen Beistand Betreibungen durchführen können³⁾. Dagegen sind Rechtsmittelbelehrungen auf den Verfügungen der Aemter nicht vor-

1) Deggeller S. 100; Georg Huber S. 50

2) Diese rechtliche Aufklärung findet im Rahmen von § 55 ZPO statt, vgl. oben S. 46

3) Fritzsche I S. 100

gesehen, mit Ausnahme des Hinweises auf die Möglichkeit des Rechtsvorschlages auf dem Zahlungsbefehl¹⁾. Selbst bei letzterem ist aber nicht auf die auch bestehende Beschwerdemöglichkeit hingewiesen²⁾. Daraus kann nur der Schluss gezogen werden, dass auf die Möglichkeit, einen Antrag um aufschiebende Wirkung zu stellen, erst recht nicht hingewiesen werden kann.

Bezieht sich das Gesagte auf die Frage, ob schon in der Verfügung auf Art. 36 SchKG hingewiesen werden dürfe, so ist darüber hinaus nun die Möglichkeit zu prüfen, ob die mit der Beschwerde befasste Aufsichtsbehörde befugt sei, derartige Rechtsbelehrungen zu erteilen. Im Zivilprozessrecht kann man eine derartige Rechtsaufklärung unter die richterliche Fragepflicht subsumieren³⁾. Im Betreibungsverfahren ist jedoch eine solche Norm nicht gegeben, so dass wohl auch eine Aufklärungspflicht nicht besteht. Also darf die Aufsichtsbehörde selbst die rechtsunkundige Partei nicht darauf hinweisen, dass sie Suspensiveffekt verlangen kann.

Nach geltendem Rechtszustand ist also jede Aufklärungsmöglichkeit mit Bezug auf die aufschiebende Wirkung ausgeschlossen. Es fragt sich jedoch, ob sich eine solche nicht einführen liesse. Ausgangspunkt dafür könnte das im Verwaltungsrecht geäußerte Postulat nach einer allgemeinen Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung⁴⁾ sowie die Feststellung sein, dass das Betreibungsverfahren mit dem Verwaltungsrecht eine gewisse Gemeinsamkeit hat⁵⁾. Nimmt man also im

1) Art. 69 Ziff. 3, 178 Ziff. 3 SchKG

2) Vgl. BGE 101 III 97, wonach eine Rechtsmittelbelehrung durch die kantonale Aufsichtsbehörde nicht vorgeschrieben, jedoch zu empfehlen sei. Zur vom Bundesgericht verneinten Frage, ob eine Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung nicht aus ungeschriebenem Bundesrecht gefolgert werden könne, vgl. unten S. 139

3) Vgl. Meier, *iura novit curia*, S. 154 ff.

4) Imboden/Rhinow Nr. 86 I; Imboden 4. Aufl. Nr. 615 II c; Schwarzenbach S. 108 f. Diese allgemeine Pflicht wird jedoch vom Bundesgericht abgelehnt (zuletzt BGE 98 Ib 333).

5) BGE 101 III 97; Favre S. 11; vgl. auch Fritzsche I S. 38, 51. Blumenstein S. 73 fasst die Beschwerde als Verwaltungsbeschwerde auf.

Verwaltungsrecht eine allgemeine, aus ungeschriebenem Bundesrecht fließende Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung an, so kann man diese durch einen Analogieschluss auf das Betreibungsrecht übertragen. Alsdann kann man noch einen Schritt weitergehen und eine Pflicht der Betreibungsbehörden annehmen, in die Rechtsmittelbelehrung einen Hinweis auf die Möglichkeit, aufschiebende Wirkung zu verlangen, aufzunehmen. Dies liesse sich rechtfertigen durch Berufung auf den Grundsatz, dass das Betreibungsverfahren so auszugestalten sei, dass die Parteien es möglichst ohne Rechtsvertreter durchführen können¹⁾. Soll dies nämlich möglich sein, so müssen die Parteien sich darauf verlassen können, dass sie vom Amt über alle wichtigen Belange informiert werden. Können sie das nicht, so werden sie doch immer in einem Zustand der Unsicherheit belassen, der sie oft veranlassen wird, eben doch einen Anwalt beizuziehen. Damit erweist sich diese Aufklärungspflicht als konsequente Durchführung des genannten Grundsatzes. Dadurch, dass dann solche Hinweise in jeder Verfügung enthalten sein müssten – auch in solchen, bei deren Anfechtung die Erteilung des Suspensiveffektes von Amtes wegen in Frage kommt –, kann der Gefahr einer Bevorzugung der einen Partei durch das Amt begegnet werden.

b) Anders zu beantworten ist die Frage, insoweit es um die "Berufung" gegen das Konkursdekret und den Entscheid über die Bewilligung des Wechselrechtsvorschlages oder um die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Rechtsöffnungsentscheide geht. Diese Rechtsmittel richten sich gegen Entscheidungen kantonaler Gerichtsbehörden und unterstehen, soweit das Bundesrecht nicht etwas anderes anordnet, dem kantonalen Prozessrecht²⁾. Da das SchKG hier keine Bestim-

1) Vgl. oben S. 137 Anm. 3

2) Art. 25 SchKG

mung enthält ¹⁾, gelten die Regeln, die für das Zivilprozessrecht entwickelt worden sind ²⁾.

III Die Kompetenz zur Erteilung des Suspensiveffektes

Zuständig zur Anordnung des Suspensiveffektes ist die Rechtsmittelinstanz, denn es handelt sich dabei um eine Wirkung des Rechtsmittels. Innerhalb dieser kann entweder die Gesamtbehörde oder deren Präsident entscheiden ³⁾. Es ist dies eine ähnliche Regelung wie im Zivilprozess ⁴⁾. Im Betreibungsrecht fehlt jedoch die im Zivilprozessrecht gegebene Einspruchsmöglichkeit gegen den Präsidialentscheid.

IV Kriterien der Erteilung

In bezug auf den Zivilprozess wurden oben ⁵⁾ als Kriterien, die für die Frage der Erteilung des Suspensiveffektes massgebend sind, die Rechtsmittelaussichten und die Schwere des Nachteils, der bei Erteilung bzw. Nichterteilung droht, angeführt. Es fragt sich, ob diese sich auf das Vollstreckungsverfahren übertragen lassen.

Das Kriterium der Rechtsmittelaussichten ist auch hier anwendbar ⁶⁾. Das leuchtet ein, denn es geht um das Interesse, unrechtmässige Verfügungen nicht zu vollziehen und damit Schaden zu stiften.

1) Das selbst dann, wenn man von dem ausgeht, was oben a) a.E. gesagt wurde. Diese Rechtsmittel sind nämlich dem Verwaltungsrecht nicht verwandt, sondern sie gehören zum Zivilprozessrecht. Damit fehlt hier die Grundlage für die genannte Konstruktion.

2) Vgl. oben S. 41 ff.

3) Art. 36 SchKG

4) § 122 Abs. 3 GVG

5) S. 27 ff.

6) Vgl. Baumann S. 147; Zahner S. 64; SJZ 46 S. 377 Nr. 117

Das legt nahe, dann, wenn eine Beschwerde nach summarischer Prüfung als begründet erscheint, aufschiebende Wirkung zu erteilen. Andererseits wird dem Interesse auf möglichst schnelle Durchführung des Vollstreckungsverfahrens gedient, wenn bei nur geringen Rechtsmittelaussichten kein Suspensiveffekt erteilt wird. Die Ueberprüfung kann auch hier, aus denselben Gründen wie oben¹⁾, nur summarischer Natur sein^{2) 3)}.

Ob das Kriterium der Schwere des Nachteils hier gelten kann, ist fraglich. Die Vollstreckung ist nämlich darauf angelegt, dem Schuldner einen Nachteil zuzufügen, indem er gezwungen wird, den Gläubiger zu befriedigen. Dies beruht aber – im Unterschied zum Erkenntnisverfahren – auf einer rechtskräftigen Feststellung der schuldnerischen Pflicht. Die Tatsache, dass dem Schuldner, der z.B. gegen die Pfändung Beschwerde erhoben hat, bei Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung die Verwertung droht, kann demnach für die Entscheidung über deren Erteilung nicht massgebend sein. Die Berücksichtigung des Nachteils im Erkenntnisverfahren beruht auf der Erwägung, dass bei mittleren Rechtsmittelaussichten ein kleiner Nachteil eher zumutbar ist als ein grosser. Solches ist aber nur zulässig, solange die Frage der materiellen Verpflichtung offen ist. An dieser Voraussetzung fehlt es im Vollstreckungsverfahren. Die Vollstreckung in die rechtskräftig beurteilte Pflicht stellt also zwar einen Nachteil für den Schuldner dar, der aber nicht relevant sein kann für die Frage des Suspensiveffektes.

Für diese Lösung spricht auch die Ueberlegung, dass eine Berücksichtigung des Nachteils im Vollstreckungsverfahren sich in aller Regel zugunsten des Schuldners auswirkte. Wesentlich wäre nämlich

1) S. 30

2) Zahner S. 64

3) Die Prüfung der Rechtsmittelaussichten enthält nebst der Frage nach der materiellen Begründetheit natürlich auch jene nach den formellen Rechtsmittelaussichten wie Legitimation des Rechtsmittelklägers und Einhaltung der Frist etc., vgl. Zahner S. 64.

die Schwere des drohenden Nachteils. Damit verhält es sich so, dass dem Schuldner meist ein nicht oder nur schwer wieder gutzumachender Nachteil droht (z.B. Pfändung oder Verwertung), wohingegen der Nachteil des Gläubigers meist nur in der Verzögerung des Verfahrens liegt. Damit wiegt der schuldnerische Nachteil regelmässig schwerer und würde, wollte man ihn berücksichtigen, für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sprechen. Das ginge aber gegen den Zweck der Vollstreckung, der nicht darin liegt, dem Schuldner Verzögerungsmöglichkeiten in die Hand zu geben, sondern dem Gläubiger möglichst rasch Befriedigung zu verschaffen. Dadurch wird der Schuldner nicht in seinem Recht auf Durchführung eines gesetzmässigen Verfahrens geschmälert, denn dieses ist hinlänglich gewahrt, wenn für die Erteilung des Suspensiveffektes nur auf die Rechtsmittelaussichten abgestellt wird.

V Rechtsmittel gegen den Entscheid über die Erteilung des Suspensiveffektes

Hat die untere Aufsichtsbehörde einer Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt, so stellt sich die Frage, ob diese Verfügung anfechtbar sei. Als Rechtsmittel kommen in Betracht die Weiterziehung an die obere kantonale Aufsichtsbehörde und an das Bundesgericht.

Beide sind nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung nicht zulässig¹⁾. Einer Weiterziehung fähig sind nur "Massnahmen im Vollstreckungsverfahren", nicht blosse prozessleitende Entscheide²⁾.

1) BGE 43 III 279, 59 III 208, 98 III 23, 100 III 12; ZR 24 Nr. 145, 59 Nr. 92

2) Blumenstein S. 91, 94; Jaeger N 1 zu Art. 18 SchKG; vgl. die in Anm. 1 zitierten Entscheide.
Irrelevant ist in diesem Zusammenhang, ob eine Verfügung des Betreibungs- oder Konkursamtes zugrunde liegen müsse oder ob auch eine selbständige Anordnung einer Vollstreckungsmassnahme durch die Aufsichtsbehörde weiterziehbar sei, vgl. Blumenstein S. 91 ff.; Jaeger N 1 zu Art. 18 SchKG, BGE 43 III 279.

Das wird daraus gefolgert, dass Art. 18 und 19 SchKG nur von "Entscheid" als Anfechtungsobjekt sprechen, wohingegen Art. 17 "jede Verfügung" der Beschwerde unterstellt¹⁾. Bei der Erteilung oder Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung²⁾, die demnach nicht weiterziehbar ist.

Die Unzulässigkeit einer Weiterziehung an das Bundesgericht ergibt sich zusätzlich noch daraus, dass mit diesem Rechtsmittel nur eine Gesetzesverletzung, nicht aber Unangemessenheit gerügt werden kann³⁾. Der Entscheid über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist ein Ermessensentscheid: massgebend ist die Beurteilung der Rechtsmittelaussichten⁴⁾. Deren Beurteilung beruht aber notwendigerweise auf Ermessen. Das schliesst die Weiterziehung an das Bundesgericht aus⁵⁾.

Hinzuweisen bleibt noch auf die Möglichkeit, den Entscheid über die aufschiebende Wirkung in Wiedererwägung zu ziehen. Dies folgt aus seiner prozessleitenden Natur⁶⁾ und muss überdies umso eher möglich sein, als im Betreibungsverfahren ja sogar der Entscheid zur Sache in bestimmten Grenzen wiedererwogen werden kann⁷⁾.

Schliesslich ist es möglich, bei der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde Rechtsverweigerungsbeschwerde zu erheben, wenn die untere Aufsichtsbehörde ein mit einer Beschwerde verbundenes Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung einfach unbehandelt lässt⁸⁾.

1) Vgl. insb. BGE 43 III 279, ZR 24 Nr. 145

2) BGE 100 III 12; ZR 59 Nr. 92; OGer II. ZivK Nr. 44 SchK/78 vom 7. August 1978 und Nr. 72 SchK/78 vom 7. Dezember 1978; abweichend Zahner S. 65, der von "provisorischer Verfügung ohne prozessleitenden Charakter" spricht.

3) Art. 19 SchKG; Favre S. 68; Fritzsche I S. 43

4) Vgl. S. 140 ff.

5) Vgl. BGE 59 III 208, 95 III 93, 100 III 12; Baumann S. 148

6) OGer II. ZivK Nr. 44 SchK/78 vom 7. August 1978, Nr. 72 SchK/78 vom 7. Dezember 1978; Sträuli/Messmer N 3 zu § 190 ZPO

7) Vgl. Fritzsche I S. 50 ff.

8) OGer II. ZivK Nr. 19 SchK/79 vom 6. März 1979

VI Unerlaubt erteilter Suspensiveffekt

Es sind hier verschiedene Fälle denkbar. Einmal kann das Rechtsmittel an sich unzulässig sein, z. B. weil die Frist abgelaufen ist¹⁾. Wird diesem Rechtsmittel trotzdem Suspensiveffekt erteilt, so ist diese Verfügung gültig, bis sie widerrufen wird, der Suspensiveffekt besteht also ungeachtet der Unzulässigkeit des Rechtsmittels²⁾.

Zweitens ist der Fall denkbar, dass das Rechtsmittel zwar zulässig ist, aber keine Suspensivwirkung haben kann³⁾. Wird sie aber trotzdem erteilt, so ist diese Verfügung auch hier gültig.

Dies gilt für die Fälle, wo der Suspensiveffekt nur auf besondere Anordnung hin eintritt – mithin für die überwiegende Mehrzahl der Rechtsmittel, die im Schuldbetreibungsverfahren in Frage kommen.

Daneben kommen vereinzelt auch Rechtsmittel vor, die automatischen Suspensiveffekt haben. So kann in verschiedenen Kantonen gegen Rechtsöffnungsentscheide Berufung eingelegt werden. Diese hat automatisch aufschiebende Wirkung⁴⁾. Für diese Rechtsmittel sind die oben entwickelten zivilprozessualen Grundsätze anwendbar⁵⁾.

1) Vgl. dazu oben S. 70

2) Vgl. oben S. 69, BGE 79 III 45

3) Vgl. BGE 79 III 45: Das Bundesgericht neigt zur Verneinung der Frage, ob einem ausserordentlichen Rechtsmittel, das gegen das Konkurserkennntnis eingelegt wurde, Suspensiveffekt erteilt werden darf. Es handelte sich um ein Revisionsbegehren nach Zürcher Prozessrecht.

4) Vgl. z. B. Art. 336 Abs. 1 i. V. m. 317 Ziff. 3 ZPO BE

5) Vgl. oben S. 96 ff. und BGE 100 III 79

§ 9 DIE RECHTSKRAFT BETREIBUNGSRECHTLICHER VERFUEGUNGEN

I Begriff

Formelle Rechtskraft bedeutet relative Unanfechtbarkeit eines Entscheides¹⁾. Unanfechtbarkeit bedeutet dabei das Fehlen von Rechtsmitteln. Nur relativ ist diese Unanfechtbarkeit deshalb, weil nicht unbedingt jegliche Rechtsmittel fehlen müssen, sondern nur bestimmte. Es hat dies die Meinung, dass der Entscheid eine gewisse Bestandessicherheit erreicht haben muss, um als formell rechtskräftig angesprochen werden zu können, nicht jedoch in jedem Fall absolute Bestandessicherheit.

Geht es also um die Frage der Bestandessicherheit, so ist jeder Entscheid einer formellen Rechtskraft fähig. Die formelle Rechtskraft stellt gewissermassen eine Schwelle dar in der mit dem Zeitablauf zunehmenden Bestandessicherheit des Entscheides¹⁾. Ist diese Schwelle überschritten, so wird der Bestand der Entscheidung als genügend gesichert gewertet, um die daran geknüpften Wirkungen eintreten zu lassen. Diese Frage stellt sich aber bei jedem Entscheid, denn jeder Entscheid zeitigt Wirkungen, von denen man sich fragen muss, wann sie eintreten, ob mit der Ausfällung oder zu einem späteren Zeitpunkt. Ist dem so, so kommt die formelle Rechtskraft auch betreibungsrechtlichen Entscheiden zu.

1) Vgl. oben S. 6

2) Diese zunehmende Bestandessicherheit ergibt sich daraus, dass im Laufe der Zeit immer weniger und immer speziellere Rechtsmittel zulässig sind, so dass die Wahrscheinlichkeit einer Aenderung des Entscheides immer kleiner wird. Daneben bestehen natürlich die Fälle, wo gegen einen Entscheid überhaupt keine Rechtsmittel (mehr) möglich sind und die Bestandessicherheit damit ihr Maximum erreicht.

II Der Zeitpunkt des Eintrittes der formellen Rechtskraft

In bezug auf den Eintritt der Rechtskraft ist zu unterscheiden: Einmal stellt sich die Frage, ob eine Verfügung sofort mit ihrem Erlass oder aber erst nach unbenütztem Ablauf der Beschwerdefrist rechtskräftig wird, zum zweiten ist nach dem Einfluss des Suspensiv-effektes einer erhobenen Beschwerde auf die Rechtskraft zu fragen. Hier geht es zunächst um die erste Frage.

Die Beschwerde führt ihrem Charakter gemäss zu einem relativ breiten Band an Möglichkeiten zur Abänderung des angefochtenen Entscheides¹⁾. Sie ist also in dieser Beziehung der zivilprozessualen Berufung oder dem Rekurs ähnlich, so dass die Annahme naheliegt, ein noch durch Beschwerde anfechtbarer Entscheid sei noch nicht relativ unanfechtbar, m.a.W. formell rechtskräftig. Die Rechtskraft tritt also erst mit unbenütztem Ablauf der Beschwerdefrist ein²⁾.

Das bedeutet jedoch nicht, dass die Verfügung bis zum Ablauf der Beschwerdefrist überhaupt keine Wirkungen entfaltet. Der Eintritt der Rechtskraft ist für sich allein keine Entscheidungswirkung, sondern ein blosser Zustand³⁾. Dieser bewirkt direkt nichts⁴⁾. Die Entscheidungswirkungen aber können an die Voraussetzung gebunden sein, dass die Rechtskraft eingetreten ist. So sind Entscheide im Erkenntnisverfahren erst dann vollstreckbar, wenn sie in Rechtskraft erwachsen sind⁵⁾. Die Konkursverwaltung darf erst dann die Verteilungsliste und die Schlussabrechnung erstellen, wenn der Kollokationsplan rechtskräftig ist⁶⁾. Rechtsöffnungsentscheide werden in jenen

1) Vgl. oben S. 128 f.

2) Blumenstein S. 73 Anm. 1 a; Sorg S. 74, 85, 101; so offenbar auch BGE 79 III 166 E. 1; vgl. auch BGE 37 I 297, 56 III 111 f.

3) Vgl. oben S. 11

4) Vgl. oben S. 91, 94 ff.

5) § 300 ZPO

6) Art. 261 SchKG

Kantonen, die die Berufung gegen sie zulassen¹⁾, erst dann rechtskräftig, wenn die Berufsfrist abgelaufen ist. Erst in diesem Zeitpunkt entfalten sie, abgesehen von der provisorischen Pfändung und der Aufnahme des Güterverzeichnisses, Wirkungen²⁾. Vielfach kann jedoch der Eintritt der Wirkungen betreibungsrechtlicher Verfügungen nicht an die Voraussetzung der Rechtskraft gebunden sein. Das würde nämlich z.B. dazu führen, dass ein Schuldner innerhalb der Beschwerdefrist straflos über gepfändete Sachen verfügen dürfte, weil die in Art. 96 SchKG festgehaltenen Wirkungen der Pfändung noch nicht eingetreten wären. Solchermassen wäre aber die Pfändung sinnlos, sie würde schon fast einer Fristansetzung an den Schuldner, die betreffenden Sachen beiseite zu schaffen, gleichkommen. Dementsprechend ist auch der Schuldner, der innerhalb der Beschwerdefrist über eine gepfändete Sache unerlaubterweise verfügt, wegen Verstrickungsbruches strafbar³⁾. Ebenfalls nicht an den Eintritt der Rechtskraft der entsprechenden Verfügung kann die Wirksamkeit eines Rechtsstillstandes oder einer Nachlassstundung gebunden sein, denn das widerspräche dem Zweck jener Institute.

Dass der Eintritt von Entscheidungswirkungen nicht immer an die Voraussetzung des Rechtskraftseintrittes gebunden ist, bestätigt auch das Bundesgericht, wenn es ausführt, eine Verfügung, durch die eine Aufsichtsbehörde Kanzleikosten und eine Ordnungsbusse auferlegt hatte, werde schon vor Eintritt der Rechtskraft vollstreckbar⁴⁾.

1) Z.B. Art. 336 Abs. 1 i.V.m. 317 Ziff. 3 ZPO BE

2) BGE 47 III 68

3) Art. 169 StGB; vgl. Schwander Nr. 595; ders., SJK 1130 S. 3 lit. a: Beschlagnahme durch mündliche Erklärung des Betreibungs- oder Arrestbeamten genüge. Zudem sei die Sache auch dann verstrickt, wenn eine Beschwerde gegen die Pfändung eingereicht sei, "es sei denn, der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung erteilt worden...". Zu letzterem vgl. unten S. 171

4) BGE 56 III 112

III Der Einfluss des Suspensiveffektes auf die formelle Rechtskraft

Hier wie im Zivilprozessrecht lässt sich sagen, der Suspensiv-effekt eines eingelegten Rechtsmittels hemme die formelle Rechtskraft. Betreibungsrechtliche Rechtsmittel haben nur auf besondere Anordnung hin aufschiebende Wirkung. Bis diese ergeht, ist es denkbar, dass die Beschwerdefrist schon abgelaufen und damit die Rechtskraft eingetreten ist. Die Erteilung des Suspensiveffektes wirkt aber ex tunc¹⁾, so dass die Rechtskraft als nie eingetreten gilt.

Diese Feststellung ist hier weitgehend rein theoretischer Natur. Es wurde nämlich oben gezeigt, dass die Entscheidungswirkungen oftmals unabhängig von der Rechtskraft sofort eintreten. Die praktische Bedeutung einer Hemmung der Rechtskraft kann aber lediglich darin liegen, dass Entscheidungswirkungen, deren Eintritt von der Rechtskraft abhängt, durch diese Hemmung der Rechtskraft mittelbar auch gehemmt werden. Wirkungen, die voraussetzen, dass die Rechtskraft eingetreten ist, gibt es aber im SchKG wesentlich seltener als im Zivilprozessrecht²⁾. Daher hat die Hemmung der formellen Rechtskraft im SchKG praktisch keine Bedeutung.

1) Vgl. unten S. 181 ff.

2) Vgl. oben S. 81, 85, 86 f., 89

§ 10 DIE WIRKUNGEN DES SUSPENSIVEFFEKTES

I Allgemeines

Im Folgenden geht es um die Frage, welche Wirkungen der einem betreibungsrechtlichen Rechtsmittel erteilte Suspensiveffekt zeitigt. Dabei soll als Ausgangspunkt zuerst der Zweck, der mit dem Suspensiveffekt verfolgt wird, umschrieben werden. Anschliessend stellt sich die Hauptfrage, ob der Suspensiveffekt sämtliche Entscheidungswirkungen oder aber nur das weitere Verfahren hemme. Weiter ist die Frage zu behandeln, ob der Suspensiveffekt, der ja immer erst nach dem Verstreichen einer gewissen Zeit erteilt wird, ex nunc oder ex tunc wirkt, und es sind gewisse Wirkungen darzustellen, die nicht durch die aufschiebende Wirkung herbeigeführt werden können. Schliesslich geht es um die Auswirkungen des Suspensiveffektes auf den Fristenlauf.

II Der Zweck des Suspensiveffektes

Der Suspensiveffekt ist eine einem Rechtsmittel zukommende Eigenschaft. Er dient allgemein dazu, den Eintritt von Wirkungen des erstinstanzlichen Entscheides zu verhindern, um einen allenfalls anders lautenden Beschwerdeentscheid nicht illusorisch zu machen, ihn nicht faktisch zu präjudizieren. Es handelt sich also um eine Sicherungsfunktion: es soll Sicherung davor geboten werden, dass durch Vollzug eines erstinstanzlichen Entscheides die Wirksamkeit eines gutheissenden Rechtsmittelentscheides verunmöglicht oder erschwert wird. Es geht auch um den Schutz des Rechtsmittelklägers davor, durch einen unrichtigen Entscheid mit Nachteilen belastet zu werden¹⁾.

Dabei hat der Suspensiveffekt im Gegensatz etwa zu vorsorglichen Massnahmen die Eigenheit, dass die Rechtsmittelinstanz nur die Aus-

1) Vgl. SJZ 46 S. 377 Nr. 117; Baumann S. 147

wahl hat zwischen Erteilung und Nichterteilung, gewissermassen zwischen einem Ja und Nein. Abstufungen sind nicht möglich. Das hängt damit zusammen, dass schon ein Entscheid ergangen ist und es nur um die Frage geht, ob dieser wirksam werden solle oder nicht. Anders bei den vorsorglichen Massnahmen; hier geht es zwar auch um eine Sicherheitsfunktion, wobei aber nicht an einen bestehenden Entscheid angeknüpft wird.

III Abhängigkeit des Suspensiveffektes von der Frage, wer ein Rechtsmittel einlegt

Eine erste Differenzierung bestimmt sich danach, welche Partei als Rechtsmittelkläger auftritt. Je nachdem, welche Partei eine Verfügung anfechtet, lauten die Anträge verschieden. Ficht der Schuldner die Pfändung an, so wird er verlangen, dass diese aufgehoben wird; ist der Gläubiger Rechtsmittelkläger, so lautet das Begehren auf Vornahme bzw. Erweiterung der Pfändung. Ein Konkurserkennnis wird in der Regel dann vom Schuldner angefochten, wenn es die Konkursöffnung ausspricht, vom Gläubiger im umgekehrten Fall. Die Anträge lauten auf Aufhebung bzw. Aussprechung der Konkursöffnung.

Dies spielt eine wesentliche Rolle für die Frage der Bedeutung der aufschiebenden Wirkung. Beantragt der Schuldner Aufhebung einer Verfügung, so bewirkt der Suspensiveffekt, dass sie keine Wirkungen entfaltet, dass also, wenn die Pfändung angefochten wird, nicht zur Verwertung geschritten werden darf oder, wenn gegen die Konkursöffnung Berufung erhoben wird, diese keine Wirkungen zeitigt¹⁾. Verlangt umgekehrt der Gläubiger die Vornahme einer verweigerten Pfändung oder die Eröffnung des Konkurses, so kann der Suspensiveffekt nicht die obengenannte Wirkung haben, denn dies würde dem

1) Sowohl in bezug auf die Stellung des Schuldners als auch des Gläubigers, BGE 79 III 43 ff., 85 III 157 f. E. 6.

mit dem Rechtsmittel verfolgten Ziel zuwiderlaufen. Vielmehr müsste er zu einer vorläufigen Vornahme der verlangten Handlung führen. Dies aber kann, wie noch zu zeigen ist, nicht in Frage kommen, so dass hier keine Wirkung besteht ¹⁾.

Für die Bestimmung der Wirkung des Suspensiveffektes ist also zu fragen, wer das Rechtsmittel ergreift und welche Anträge er stellt. Die aufschiebende Wirkung hat alsdann die Funktion, diese Anträge in dem Sinne zu sichern, dass sie die Vornahme weiterer Handlungen, die den Erfolg einer rechtsmittelgutheissenden Entscheidung gefährden würden, verbietet. Eine andere Frage ist alsdann, ob die derart in Frage kommende Wirkung auch zulässig ist ²⁾.

IV Der Suspensiveffekt als Hemmung sämtlicher Entscheidungswirkungen?

1. Das Problem

Im ersten Teil dieser Arbeit wurde ausgeführt, der Suspensiv-effekt zivilprozessualer Rechtsmittel bedeute eine Hemmung der Entscheidungswirkungen ³⁾. Da nun der Zweck der aufschiebenden Wirkung im Zivilprozess- und im Betreibungsrecht auf derselben Ebene liegt, liegt es nahe, auch hier davon auszugehen. Grundsätzlich soll also der Suspensiveffekt eines betreibungsrechtlichen Rechtsmittels sämtliche Wirkungen des angefochtenen Entscheides hemmen.

Aufgrund der Durchsicht einiger Beispiele ⁴⁾ entstehen jedoch Zweifel an der Allgemeingültigkeit dieses Grundsatzes. Es stellt sich die Frage, ob nicht eine Beschränkung auf die Hemmung des weiteren Verfahrens anzunehmen sei.

1) Vgl. unten S. 193

2) Vgl. dazu S. 193 ff.

3) Oben S. 3

4) Unten S. 153 ff., vgl. insbesondere das Beispiel der Pfändung, S. 170 ff.

Für eine Entscheidung dieser Frage ist zunächst davon auszugehen, dass der Suspensiveffekt dazu dienen soll, Wirkungen eines Entscheides nicht eintreten zu lassen, wenn dieser im Rechtsmittelverfahren wieder aufgehoben zu werden droht. Mithin ist er typischerweise dem Rechtsmittel gegen einen unrichtigen Entscheid zuzuordnen. Mit anderen Worten: der Idealzustand ist, dass nur dann aufschiebende Wirkung bestehen soll, wenn die angefochtene Entscheidung falsch und daher aufzuheben ist. Dann soll die Wirkung des erstinstanzlichen Entscheides gehemmt werden. Umgekehrt soll dann, wenn der Entscheid richtig ist und daher nicht aufgehoben wird, kein Suspensiveffekt erteilt werden. Dieser Idealzustand kann aber deshalb nicht rein verwirklicht werden, weil es sich erst im Nachhinein – mit dem Rechtsmittelentscheid – herausstellt, ob der erstinstanzliche Entscheid aufgehoben wird oder nicht. Möglich ist lediglich eine "Näherungslösung": Suspensiveffekt wird dann erteilt, wenn die Rechtsmitelaussichten günstig sind.

Geht man nun also davon aus, dass der Suspensiveffekt im Regelfall nur dem Rechtsmittel zukommt, das nachher auch gutgeheissen wird, so erscheint es als sinnvoll anzunehmen, er hemme sämtliche Entscheidungswirkungen, denn ein unrichtiger Entscheid soll möglichst nicht wirksam werden. Die nachfolgenden Beispiele sollen sich nun darum drehen, aufzuzeigen, was diese These im einzelnen für Folgen hat. Aufgrund dessen soll dann versucht werden, die oben gestellte Frage zu beantworten.

2. Lösungsversuch

a) Beispiele

Im folgenden wird bei jedem Beispiel grundsätzlich so vorgegangen, dass zuerst die Wirkungen, die der angefochtene Entscheid haben kann, aufgezeigt werden. Bedeutet der Suspensiveffekt Hemmung aller Entscheidungswirkungen, so betrifft er also diese gesamthaft. Danach wird gefragt, was die einschränkende Annahme, es werde nur das weitere Verfahren gehemmt, im einzelnen für Auswirkungen hat. Aufgrund dieser Gegenüberstellung soll dann bei jedem Beispiel aus einer Gesamtsicht der sich im betreffenden Fall ergebenden Aspekte versucht werden, eine Entscheidung für die eine oder die andere Lösung zu finden.

Von diesem Vorgehen wird da zum Teil abgewichen, wo sich in Literatur oder Rechtsprechung zu einem Beispiel Probleme abgezeichnet haben. Alsdann wird auf diese Erörterungen eingegangen.

aa) Beschwerde gegen die Zustellung des Zahlungsbefehls

Der Zahlungsbefehl hat folgende Wirkungen: Ingangsetzen der Fristen für Zahlung oder Erhebung des Rechtsvorschlages¹⁾ und für die "Verjährung" der Betreibung²⁾. In gewissen Ausnahmefällen kann er auch eine Bedeutung haben für die Unterbrechung der Verjährung des materiellen Anspruches. Zwar wird diese an sich schon durch das Betreibungsbegehren unterbrochen. Dabei muss die Betreibung aber gültig sein. Wurde also das Begehren bei einem nicht zuständigen Amt gestellt, so unterbricht es an und für sich den Lauf der Verjährung nicht. Dies trifft aber dann nicht zu, wenn trotzdem ein Zahlungsbefehl (zu Unrecht) zugestellt wird: alsdann wird die Verjährung unterbrochen³⁾.

1) Art. 69 SchKG

2) Art. 88 Abs. 2 SchKG

3) von Tuhr/Escher S. 226, insb. Anm. 15

Von Bedeutung für das weitere Verfahren ist lediglich die Zahlungsfrist: nach ihrem unbenützten Ablauf kann, sofern nicht Rechtsvorschlag erhoben wird, das Pfändungsbegehren gestellt ¹⁾ und damit das weitere Verfahren eingeleitet werden. Legt man also dem Suspensiveffekt einer Beschwerde gegen die Zustellung des Zahlungsbefehles bloss die Wirkung einer Hemmung des weiteren Verfahrens bei, so wird nur die Zahlungsfrist gehemmt. Im anderen Fall, wenn man Hemmung sämtlicher Wirkungen annimmt, werden alle genannten Fristen betroffen.

Für die Frage der Verjährung der materiellen Forderung hat der Suspensiveffekt in keinem Fall eine Bedeutung. Massgebend dafür ist nämlich das Betreibungsbegehren. Wenn am unrichtigen Ort betrieben, dennoch aber ein Zahlungsbefehl zugestellt wird, so ist jener nicht nichtig. Solange die Beschwerde nicht gutgeheissen ist, gilt die Verjährung also als unterbrochen ²⁾. Da aber die Stellung des Betreibungsbegehrens die für den Unterbruch massgebende Handlung ist, kann der Suspensiveffekt einer gegen den Zahlungsbefehl gerichteten Beschwerde keine Bedeutung dafür haben.

Es ist anzunehmen, der Suspensiveffekt hemme sämtliche Wirkungen des Zahlungsbefehles. Wollte man nämlich nur eine Hemmung des weiteren Verfahrens annehmen, so bedeutete dies, dass nur die Zahlungsfrist betroffen würde. Für eine solche Einschränkung der Tragweite der aufschiebenden Wirkung ist kein Grund ersichtlich, namentlich, wenn man davon ausgeht, dass die Hemmung sämtlicher Wirkungen als Grundsatz anzusehen sei.

Somit werden sämtliche Fristen, die der Zahlungsbefehl in Gang setzt, gehemmt: die Zahlungsfrist, die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages und die Frist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG ³⁾.

1) Art. 88 Abs. 1 SchKG

2) Vgl. BGE 69 II 175, 83 II 50 E. 5

3) Zur Hemmung von Fristen vgl. unten S. 183 ff.

bb) Beschwerde gegen die Bewilligung des Rechtsstillstandes

Dem schwerkranken Schuldner kann der Betreibungsbeamte für eine bestimmte Zeit Rechtsstillstand gewähren¹⁾. Diese Verfügung kann vom Gläubiger mit Beschwerde angefochten werden.

Bei Annahme der einen These, wonach die Bedeutung der aufschiebenden Wirkung sich in einer Hemmung des Verfahrens erschöpft, ergibt sich, dass hier der Suspensiveffekt sinnlos ist. Das Verfahren wurde nämlich schon durch die Anordnung des Rechtsstillstandes gehemmt, eine nochmalige Hemmung ist überflüssig und kann zudem deshalb nicht in Frage kommen, weil sie das genaue Gegenteil dessen bewirkte, was der Gläubiger anstrebt²⁾.

Nimmt man dagegen an, der Suspensiveffekt hemme allgemein alle Entscheidungswirkungen, so bedeutet das, dass die Anordnung des Rechtsstillstandes unwirksam ist, Betreibungshandlungen also wieder vorgenommen werden dürfen und müssen. Es herrscht der Zustand, wie er gelten würde, wäre nie ein Rechtsstillstand bewilligt worden. Ob dies befriedigend ist, hängt vom Ausgang des Beschwerdeverfahrens ab. Wird die Beschwerde des Gläubigers gutgeheissen, so ist die Frage zu bejahen. War nämlich der Rechtsstillstand zu Unrecht angeordnet, so erscheint es als richtig, dass eine unrechtmässige Verzögerung des Verfahrens verhindert werden konnte. Umgekehrt jedoch entsteht eine schwere Härte gegen den Schuldner.

Nimmt man den Fall an, dass der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben hat und kurz darauf Rechtsstillstand gemäss Art. 61 erlangt, so bedeutet das, dass weder die Rechtsöffnung noch eine Pfändung vorgenommen werden kann, denn dies sind Betreibungshandlungen, die verboten sind. Der Gläubiger erhebt nun Beschwerde, weil er weiss, dass der Schuldner gar nicht schwer krank ist und lediglich

1) Art. 61 SchKG

2) Vgl. S. 150 f.: Die Wirkung des Suspensiveffektes ist u. a. davon abhängig, wer mit welchen Anträgen ein Rechtsmittel einlegt. Dabei kann keine Wirkung eintreten, die dem Ziel des Rechtsmittels widerspricht.

durch Irreführung des Betreibungsbeamten den Rechtsstillstand erlangt hat und nun in dessen Schutz bestrebt ist, Vermögensgegenstände beiseite zu schaffen. Solange nicht zumindest provisorisch gepfändet werden kann, gibt es keine Möglichkeit, ihn daran zu hindern, es sei denn jene des Arrestes gemäss Art. 271 Ziff. 2 SchKG, was jedoch das unter Umständen schwierige Glaubhaftmachen voraussetzt, dass der Schuldner Vermögen beiseiteschafft. Also hat der Gläubiger alles Interesse daran, dass die zu Unrecht sistierte Betreuung möglichst schnell wieder fortgesetzt werden kann. In einem solchen Fall bestünde nun die schnellste Art, dem Gläubiger zu helfen, darin, dass der Suspensiveffekt seiner Beschwerde eine Fortsetzung des Verfahrens erlaube. Man mag hier einwenden, das sei gar nicht nötig, denn dem Gläubiger stehe die Deliktspauliana¹⁾ offen, wenn er zu Verlust komme. Das ist zwar richtig, befriedigt aber deshalb nicht ganz, weil das einerseits zusätzliche Umtriebe ergibt und andererseits das mit einer Anfechtungsklage verbundene Prozessrisiko erheblich ist.

Andererseits ist aber auch der Fall denkbar, dass der Schuldner tatsächlich schwer krank ist, trotzdem aber der Beschwerde des Gläubigers aufschiebende Wirkung erteilt wird. Zieht diese nun nach sich, dass das Verfahren fortgesetzt werden kann, so ergibt sich ein für den Schuldner unhaltbares Resultat. Das Gesetz will nämlich verhindern, dass unter anderem ein schwer kranker Schuldner mit Betreibungen behelligt wird, und zwar in dem Masse, dass trotz des Rechtsstillstandes vorgenommene Betreuungshandlungen nichtig sind²⁾. Zu diesem weitgehenden Schutz passte es nun schlecht, wollte man das Risiko eingehen, dass die Betreuung trotzdem fortgesetzt werden kann, indem man dem Suspensiveffekt diese Wirkung beilegte.

Bei einer Abwägung ist erstens zu beachten, dass auch dann, wenn überhaupt kein Rechtsmittel zur Diskussion steht, dem Schuld-

1) Art. 288 SchKG

2) Fritzsche I S. 100

ner ein erheblicher Zeitraum verbleibt, während dem er die Möglichkeit hat, Vermögen dem Gläubiger zu entziehen. Sicherungsmassnahmen sind keine vorgesehen, bis die Betreuung mindestens den Stand der provisorischen Pfändung erreicht hat. Dem Gläubiger bleibt nur noch die Anfechtungsklage. Durch den Rechtsstillstand wird dieser Zeitraum (im genannten Beispiel) einfach verlängert. Der Gläubiger hat alsdann das, was er ohnehin in Kauf nehmen muss, für eine verlängerte Zeit zu dulden. Zweitens ist das erwähnte Beispiel ein Extremfall. Wird nämlich Rechtsstillstand erst nach der Rechtsöffnung, der Pfändung oder der Konkursöffnung gewährt, so ist das schuldennerische Vermögen schon mit Beschlag belegt und der Gläubiger läuft nicht mehr Gefahr, dass dieses ungehindert beiseitegeschafft werden kann. Drittens gilt in bezug auf das zweite Beispiel, dass in der Zwangsvollstreckung im Zweifel eher dem Schuldner als dem Gläubiger ein Nachteil zugemutet werden soll¹⁾. Die Frage ist alsdann, ob hier ein solcher Zweifelsfall vorliegt. Immerhin geht es hier nicht nur um den Schutz des Schuldners vor "blossen" Verfahrensfehlern, sondern um den wohl höher einzustufenden Schutz des schwer Kranken. Setzt man nun diese letzte Erwägung in Bezug zu den zwei anderen, so scheint doch, das Interesse des Schuldners daran, dass der Suspensiveffekt nicht eine Weiterführung des Verfahrens ermöglichen soll, sei stärker als das gegenteilige Gläubigerinteresse.

Mithin kommt man also zum Schluss, dass der Suspensiveffekt der Beschwerde des Gläubigers gegen den Rechtsstillstand gemäss Art. 61 nicht die Meinung haben kann, dass das Verfahren fortgesetzt werden dürfe, m. a. W. nicht alle Wirkungen des angefochtenen Entscheides hemmt. Alsdann aber hat er in diesem Fall überhaupt keine Wirkung.

1) Vgl. oben S. 141

cc) Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Erteilung der Rechtsöffnung

In bezug auf die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Rechtsöffnungsentscheide ist zunächst allgemein zu fragen, ob dieser überhaupt Suspensiveffekt zukommen könne. Das Bundesgericht hat nämlich in seiner anfänglichen Praxis zum SchKG die Auffassung vertreten, eine Bestimmung des kantonalen Rechtes¹⁾, die einem Rechtsmittel gegen die Rechtsöffnung aufschiebende Wirkung beilege, sei bundesrechtswidrig²⁾. Diese Praxis erscheint jedoch als überholt: Praxis und Literatur äussern sich seither einhellig in dem Sinne, dass die Anordnung des Suspensiveffektes durch eine kantonale Bestimmung nicht ausgeschlossen sei³⁾. Dem ist beizustimmen. Damit steht also in grundsätzlicher Hinsicht fest, dass das kantonale Recht Rechtsmitteln, die es gegen Rechtsöffnungsentscheide zulässt, Suspensiveffekt beilegen kann. Im Kanton Zürich gilt also für die Nichtigkeitsbeschwerde § 286 ZPO.

Nachdem nun festgestellt ist, dass Suspensiveffekt erteilt werden kann, ist nach dessen Wirkungen zu fragen. Hemmt der Suspensiveffekt alle Entscheidungswirkungen, so bedeutet das bei der Anfechtung einer definitiven Rechtsöffnung, dass der Rechtsvorschlag

1) Zu Recht wurde keine Anwendung von Art. 36 SchKG in Betracht gezogen, denn das Bundesrecht schweigt sich hier über Rechtsmittel aus. Wenn also schon die Einführung solcher Sache des kantonalen Rechtes ist, so muss dies auch für ihre Ausgestaltung zutreffen, vgl. BGE 47 III 67 f.

2) BGE 23 I 955, 29 I 181 f.; vgl. v.a. die Begründung in BGE 23 I 955

3) BGE 47 III 68, 55 III 174 f., 101 III 42 E. 2; ZR 49 Nr. 48, 67 Nr. 113; Blumenstein S. 265, Jaeger N 7 zu Art. 83 SchKG.

Meist wird nicht auf die erwähnte gegenteilige Praxis des Bundesgerichtes Bezug genommen, sondern vielmehr offenbar als selbstverständlich angenommen, der Suspensiveffekt sei nicht ausgeschlossen. Vielfach wird ausserdem auf das Rechtsmittel der Berufung Bezug genommen, das in einigen Kantonen gegen Rechtsöffnungsentscheide gegeben ist. Ist aber die Einführung einer Berufung mit automatischem Suspensiveffekt möglich, so muss es umso mehr zulässig sein, einer Nichtigkeitsbeschwerde bloss fakultativen Suspensiveffekt beizulegen, wie das in Zürich der Fall ist.

nicht als beseitigt gelten kann und daher das weitere Verfahren unterbunden wird. Weitere Wirkungen, die gehemmt werden könnten, existieren hier nicht, so dass es in diesem Fall auf das selbe hinauskommt, ob man Hemmung aller Wirkungen oder nur des weiteren Verfahrens annimmt.

Anders dagegen bei der Anfechtung der provisorischen Rechtsöffnung: Diese bewirkt, dass eine provisorische Pfändung oder die Aufnahme eines Güterverzeichnisses¹⁾ ermöglicht wird²⁾, dass die Frist zur Erhebung der Aberkennungsklage zu laufen beginnt und dass die provisorische Rechtsöffnung dann, wenn letztere nicht eingereicht wird, zur definitiven wird³⁾. Nach der einen Annahme würden grundsätzlich alle diese Wirkungen gehemmt⁴⁾, nach der anderen, nach der nur das weitere Verfahren von der Suspensivwirkung betroffen wird, würde lediglich verhindert, dass nach unbenütztem Ablauf der Klagefrist definitiv gepfändet bzw. eine Konkursandrohung zugestellt werden könnte⁵⁾.

Für eine Entscheidung sind die verschiedenen Wirkungen, die die provisorische Rechtsöffnung auslöst, auseinanderzuhalten. Fest dürfte zunächst stehen, dass die provisorische Rechtsöffnung während der Geltung der aufschiebenden Wirkung einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht zu einer definitiven werden kann, das Verfahren also in dem Sinne nicht festgesetzt werden kann, als definitiv gepfändet, der Konkurs eröffnet oder verwertet würde⁶⁾. Ausserdem wird die Frist,

1) Je nachdem, ob der Schuldner der Betreibung auf Pfändung oder auf Konkurs unterliegt.

2) Art. 83 Abs. 1 SchKG

3) Art. 83 Abs. 2 + 3 SchKG

4) Vgl. aber unten S. 160 bezgl. der provisorischen Pfändung und der Aufnahme des Güterverzeichnisses.

5) Blumenstein S. 265

Die Aberkennungsklage dient nicht unmittelbar der Fortsetzung des Verfahrens.

6) Vgl. ZR 49 Nr. 48, vgl. BGE 55 III 175 E. 3

die dem Schuldner zur Erhebung der Aberkennungsklage läuft, unterbrochen und fängt mit dem Wegfall der aufschiebenden Wirkung neu zu laufen an¹⁾. Schliesslich bleibt die Frage, ob der Suspensiveffekt die provisorische Pfändung und die Aufnahme des Güterverzeichnisses untersage. Sie wird in Literatur und Rechtsprechung zu Recht verneint²⁾. Es handelt sich nämlich hier der Sache nach um vorsorgliche Massnahmen, die zur Sicherung des Vollstreckungssubstrates dann angeordnet werden können³⁾, wenn der Gläubiger eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Bestandes seiner Forderung dargetan hat, indem er die provisorische Rechtsöffnung erlangt hat. Somit sind es also nicht direkte Wirkungen des Rechtsöffnungsentscheides, die durch den Suspensiveffekt gehemmt werden könnten, sondern vorsorgliche Massnahmen, die – wie das auch bei der Anfechtung der Konkureröffnung der Fall ist⁴⁾ – neben und unabhängig vom Suspensiv-effekt getroffen werden können.

Man kommt also zum Schluss, dass die aufschiebende Wirkung der Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Rechtsöffnung sämtliche Entscheidungswirkungen hemmt. Eine blossе Hemmung des weiteren Verfahrens wäre nämlich dann anzunehmen, wenn lediglich die definitive Pfändung, die Konkureröffnung etc. gehemmt würden. Darüber gehen jedoch die gezeigten Wirkungen hinaus.

1) Blumenstein S. 265, Favre S. 141, Jaeger N 7 zu Art. 83 SchKG; vgl. auch BGE 101 III 42 f. E. 3, 100 III 76 ff., 47 III 68 f., ZR 67 Nr. 113 = SJZ 64 S. 103 Nr. 66

2) Fritzsche I S. 136, Jaeger N 2 zu Art. 83 SchKG; BGE 47 III 68, 55 III 175 E. 2

3) Jaeger N 6 zu Art. 83 SchKG, BGE 55 III 174 E. 2

4) Art. 174 Abs. 2 SchKG

dd) Berufung gegen das Konkurserkennntnis

Es ist dies ein analoger Fall zur Pfändung, im wesentlichen einfach mit dem Unterschied, dass hier ein viel weitgehenderer Konkursbeschluss begründet wird. Es geht nicht nur um einzelne gepfändete Gegenstände, sondern um das gesamte Vermögen des Schuldners. Im Gegensatz zur Suspensivwirkung bei der Beschwerde gegen die Pfändung ist die Frage hier in Praxis und Doktrin eingehend erörtert worden¹⁾.

Folgt man hier wiederum dem Grundsatz, dass alle Wirkungen gehemmt werden, so hat der Suspensiveffekt zur Folge, dass sämtliche Wirkungen des Konkurserkennntnisses gehemmt werden, insbesondere auch die Wirkungen auf das Vermögen des Schuldners²⁾ und die Rechte des Gläubigers³⁾. Der Schuldner erlangt demnach wieder volle Verfügungsbefugnis über sein Vermögen, was den Gläubiger im Falle einer Abweisung der Berufung der Gefahr aussetzt, dass der Schuldner Vermögen beiseite geschafft hat. Immerhin kann diese hier dadurch verhindert werden, dass die Berufungsinstanz die Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen verbinden kann⁴⁾.

Aufgrund der gegenteiligen These hemmt der Suspensiveffekt nur das Konkursverfahren⁵⁾. Das ist im Falle der Gutheissung der Berufung für den Schuldner unbefriedigend, indem er vor allem zu Unrecht in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt war.

Die Frage, welche Wirkung der Suspensiveffekt nun habe, ist umstritten. Die Kontroverse geht darum, ob nebst den "formellen Wir-

1) Vgl. unten S. 162 f.

2) Art. 197 ff. SchKG

3) Art. 208 ff. SchKG

4) Art. 174, 170 SchKG

5) Art. 221 ff. SchKG

kungen" ¹⁾ des Konkurserkennnisses auch der Eintritt der "materiellen Wirkungen" ²⁾ gehemmt werde, ob also der Suspensiveffekt bewirke, dass das Konkurserkennnis überhaupt keine Wirkung habe oder nur eine Fortführung des Konkursverfahrens gemäss Art. 221 ff.

-
- 1) Die Terminologie ist nicht einheitlich. Es ist die Rede von "formellen Wirkungen" (ZR 60 Nr. 94; vgl. auch Brand, SJZ 44 S. 52 2. Spalte), "formalrechtlicher Bedeutung" (ZR 55 Nr. 146), "Vollstreckung des Konkurserkennnisses" (Baumann S. 149; Brand, SJZ 44 S. 52 2. Spalte, S. 55 1. Spalte; Fritzsche II S. 15; Zahner S. 65; BGE 57 I 367; ZR 34 Nr. 81), "formeller Vollstreckbarkeit" (Baumann S. 149, 152; Vetsch, SJZ 33 S. 153 1. Spalte) oder gar von "Vollstreckbarkeit nach der materiellen Seite" (BGE 53 III 207). Letzteres stellt eine terminologische Verquickung eben jener Wirkungen dar, um deren Unterscheidung gestritten wird. Gemeint dürfte mit alledem das Gleiche, nämlich das Konkursverfahren gemäss Art. 221 ff. SchKG, sein. So versteht BGE 57 I 364 "Vollstreckung" als "Massnahmen zur Durchführung der Konkursliquidation". Brand meint damit insbesondere die Veröffentlichung des Konkurserkennnisses und offenbar auch die Aufnahme des Inventars und die gemäss Art. 221 SchKG zur Sicherung des Vermögens erforderlichen Massnahmen, nicht aber die Mitteilungen gemäss Art. 176 (SJZ 44 S. 52 2. Spalte). Letzterem jedoch ist nicht beizupflichten. Die Mitteilungen nach Art. 176 gehören ebenfalls zum Konkursverfahren und werden durch den Suspensiveffekt gehemmt – sofern dieser angeordnet ist, bevor sie erfolgt sind (Fritzsche II S. 17, Jaeger N 3 zu Art. 176 SchKG, Jaeger/Daeniker, Praxis N 3 zu Art. 176 SchKG, Zahner S. 65). Vetsch meint mit "formeller Vollstreckbarkeit" ausdrücklich das Konkursverfahren nach Art. 221 ff. (SJZ 33 S. 153 1. Spalte). Abweichend dagegen offenbar ZR 60 Nr. 94, wo es um die Frage geht, ob mehrmalige Konkurseröffnung zulässig sei, wenn gegen das erste Konkurserkennnis ein Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung hängig ist. In diesem Zusammenhang ist dann die Rede davon, die erste Konkurseröffnung habe zwar keine materiellen, doch aber formelle Wirkungen, d.h. dürfe nicht als nie erlassen angesehen werden.
- 2) Unter "materiellen Wirkungen" sind zu verstehen die Wirkungen der Konkurseröffnung auf das Vermögen des Schuldners und die Rechte der Gläubiger, die im Gesetz unter dem Titel "Konkursrecht" geregelt sind (BGE 53 III 207, 54 III 9 ff., 79 III 45 ff.; Brand, SJZ 44 S. 52 1. Spalte; Vetsch SJZ 33 S. 153 1. Spalte). Wenn manchmal gesagt wird, der Suspensiveffekt hemme die Rechtskraft des Konkurserkennnisses, so scheint damit dasselbe gemeint zu sein (Fritzsche II S. 15, Zahner S. 65), wobei die Verwendung des Begriffes "Rechtskraft" nicht als glücklich erscheint.

SchKG verbiete. Das Bundesgericht hält dafür, dass sowohl das Konkursverfahren als auch die Wirkungen der Konkursöffnung auf das Vermögen des Schuldners (Art. 197 ff. SchKG) und die Rechte des Gläubigers (Art. 208 ff. SchKG) gehemmt werden ³⁾.

Neben dieser Hauptfrage finden sich noch folgende Probleme in Praxis und Doktrin erörtert: Erstens, welches das massgebende Datum der Konkursöffnung sei, wenn der Berufung aufschiebende Wirkung erteilt werde ⁴⁾, und zweitens, in welchem Umfang Nova im Berufungsverfahren zulässig seien ⁵⁾. Zum ersten hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass im Falle der Abweisung der Berufung (sofern aufschiebende Wirkung erteilt wurde) das Datum des Berufungsentscheides für die Konkursöffnung massgebend sei ⁶⁾, zum zweiten jene, dass die Erteilung oder Nichterteilung des Suspensiv-effektes für die Frage der Nova keine Rolle spielen dürfe ⁷⁾.

Die Frage, ob das materielle Konkursrecht gehemmt werde oder ob der Suspensiv-effekt einen Einfluss auf den Eintritt der (formellen) Rechtskraft habe, sind zwei verschiedene Dinge. So ist denn auch meist in einem anderen Sinne von Rechtskraft die Rede: BGE 57 I 366 f., 76 I 272, ZR 34 Nr. 81.

3) Vgl. die Uebersicht über den Stand der Meinungen bei Baumann S. 148 ff.; BGE 54 III 72 E. 1

4) BGE 53 III 207, 54 III 12, 57 I 368, 79 III 45 ff., 85 III 157 f.; SJZ 70 S. 231 Nr. 47; Blumenstein S. 578, Brand SJZ 44 S. 51 ff., Favre S. 246, Fritzsche II S. 17, Jaeger N 1 zu Art. 175 SchKG, Jaeger/Daeniker Praxis N 1 zu Art. 175 SchKG, Zahner S. 65

5) BGE 76 I 273 ff., ZR 34 Nr. 81 und Praxisänderung in SJZ 46 S. 377 Nr. 117; Brand SJZ 44 S. 55 ff., 47 S. 337 ff., Favre S. 245, Fritzsche II S. 15 f., Jaeger N 7 zu Art. 174 SchKG, Jaeger/Daeniker Praxis N 7 zu Art. 174 SchKG; vgl. ferner auch ZR 76 Nr. 1 und BlSchK 35 S. 24 Nr. 8, 35 S. 120 Nr. 30, 40 S. 145 Nr. 45.

6) Fritzsche II S. 17

7) BGE 76 I 273 ff., wonach es willkürlich sei, die Frage des Novenrechts von jener nach der aufschiebenden Wirkung abhängig zu machen. Vgl. unten S. 168 f. und Anm. 3, 4

aaa) Geht man vom Grundsatz aus, der Suspensiveffekt hemme sämtliche Entscheidungswirkungen, so führt das, übertragen auf die hier gestellte Frage, zu einer Bejahung der herrschenden Meinung, wonach der Suspensiveffekt der Berufung sowohl das weitere Konkursverfahren als auch das materielle Konkursrecht hemmt. Es erscheint dabei als richtig, dem Schuldner die Möglichkeit zu geben, sich wirksam gegen ein zu Unrecht ausgesprochenes Konkurserkenntnis zu wehren. Wirksam bedeutet alsdann nicht nur, dass der Fortgang des Verfahrens gehemmt werde, sondern auch, dass der Schuldner nicht in seiner materiellen Stellung ungerechtfertigt eingeschränkt wird. Für den Fall aber, dass die Rechtmässigkeit der Konkurseröffnung weniger zweifelhaft ist, besteht die Möglichkeit, entweder keine Suspensivwirkung zu erteilen oder aber sichernde Massnahmen nach Art. 174 u. 170 SchKG anzuordnen. Damit scheinen die Gläubigerinteressen ausreichend geschützt.

Richtig scheint mir sodann auch, wenn das Bundesgericht zur Stützung seiner Meinung geltend macht, dass nicht entwirrbare praktische Komplikationen durch sie vermieden werden¹⁾. Brand macht dagegen geltend, dass den dem Bundesgericht zur Beurteilung unterbreiteten Fällen "aussergewöhnliche tatbestandliche Verhältnisse zugrunde lagen, die nicht geeignet waren, einer oberinstanzlichen Rechtsprechung die Richtung zu weisen"²⁾. Dem mag man zustimmen.

Ausserdem geht Brand jedoch davon aus, dass die erstinstanzliche Konkurseröffnung zu Recht erfolgt sei: "Wenn im Zeitpunkt der

1) BGE 53 III 207, 79 III 46, wo Bezug genommen wird auf Art. 204 SchKG. Würde nur Hemmung des Konkursverfahrens angenommen, so würde einerseits der Konkurs nicht publiziert (Art. 232 SchKG gehört zum Verfahren) und mithin Dritten nicht bekannt, andererseits aber wären Rechtsgeschäfte, die eben diese Dritte mit dem Schuldner nach der erstinstanzlichen Konkurseröffnung abgeschlossen haben, ungültig. Das ist einerseits nicht sehr befriedigend und führt andererseits zu den genannten praktischen Komplikationen.

2) Brand SJZ 44 S. 54

Prüfung des Konkursbegehrens die Voraussetzungen für die Konkurs-eröffnung vorhanden sind, so vermag kein Rechtsmittel an dieser Tatsache etwas zu ändern. Eine zeitlich genau feststehende Tatsache als solche kann nicht hinausgeschoben werden. Logischerweise müssen die Wirkungen, die das Gesetz an diese Tatsachen knüpft (nämlich Eintritt der materiellen Wirkungen), grundsätzlich stets (d.h. sowohl wenn der Berufung Suspensiveffekt erteilt wurde, als auch, wenn dies nicht der Fall ist) dieselben sein." ¹⁾ Dabei scheint er zu übersehen, dass ein Konkurs auch dann eröffnet werden kann, wenn die Voraussetzungen nicht gegeben sind. Gerade für solche Fälle ist aber der Suspensiveffekt gedacht. Mit seiner Hilfe soll verhindert werden, dass ein unrichtiger Entscheid Wirkungen entfalten kann. Zuzugeben ist, dass dann, wenn der Konkurs zu Recht eröffnet wurde und in der Folge die Berufung abgewiesen wird, sich das unerfreuliche Resultat ergeben kann, dass der Schuldner ungerrechtfertigt Zeit gewonnen hat und vielleicht unter dem Schutz der Suspensivwirkung mit Vermögen "abgefahren" ist (wenn das Gericht sichernde Massnahmen anzuordnen versäumt hat). Das aber ist nicht der für die Betrachtung massgebende Regelfall. Vielmehr gilt grundsätzlich, dass Suspensiveffekt nur einer begründeten Berufung zukommen soll. Dies kommt zum Ausdruck darin, dass er nur erteilt werden darf, wenn die Rechtsmittelaussichten positiv sind ²⁾. Das garantiert zwar nicht, dass er nur bei begründeter Berufung erteilt wird, aber es ist doch die praktisch grösstmögliche Annäherung an diese Idealvorstellung. Geht man also – unter Anerkennung der Tatsache, dass die praktischen Gegebenheiten eine reine Durchführung nicht zulassen – davon aus, dass die Erteilung des Suspensiveffektes der zu Unrecht ausgesprochenen Konkurseröffnung zuzuordnen ist, die Nichterteilung dagegen der zu Recht ausgesprochenen, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb er nicht sämtliche Wirkungen

1) Brand SJZ 44 S. 52

2) Vgl. oben S. 140 f.

erfassen soll. Zu Unrecht ergangene Entscheide sollen möglichst wirkungslos bleiben. Im übrigen ändert auch die andere Auffassung, wonach der Suspensiveffekt bloss das weitere Konkursverfahren hemmen soll, nichts daran, dass der Gläubiger Zeit verliert. Der Unterschied bezieht sich "lediglich" darauf, ob der Schuldner Gelegenheit hat, Vermögen beiseite zu schaffen. Dies aber kann, wie gesagt, durch entsprechende sichernde Massnahmen verhindert werden.

Ergänzend kommt noch etwas weiteres hinzu: gemäss neuester Zürcher Praxis ist die unbeschränkte Berücksichtigung von Nova im Berufungsverfahren zulässig¹⁾. Geht man davon aus, dass also auch Tatsachen, die erst nach der erstinstanzlichen Konkurseröffnung eingetreten sind, im Berufungsverfahren vorgebracht werden dürfen²⁾, so eröffnet sich die Möglichkeit, dass ein Konkurserkennntnis selbst dann aufgehoben wird, wenn es an sich zu Recht ausgesprochen war. Aufgrund dessen lässt sich argumentieren, dass die Berufungsinstanz Suspensiveffekt erteilen kann, wenn sie sieht, dass sie infolge solcher Nova die Berufung wird gutheissen müssen (denn die Rechtsmittelaussichten sind positiv). Dass dieser das materielle Konkursrecht hemmen soll, ist zweckmässig. Es hat keinen Sinn, den Schuldner z.B. in seiner Dispositionsbefugnis weiterhin zu beschränken, wenn feststeht, dass die Konkurseröffnung ohnehin aufgehoben wird.

Baumann – auch er in Anlehnung an Brand ein Verfechter der Auffassung, die nur das Verfahren gehemmt sehen will – geht vom Datum der Konkurseröffnung aus. Dieses sei jenes des erstinstanzlichen Konkurserkennntnisses. Daraus folgert er, dass das materielle Konkursrecht nicht von der Suspensivwirkung betroffen werde, denn das würde – an sich folgerichtig – seinen Ausführungen über das Datum widersprechen³⁾. Damit schliesst er jedoch in der falschen Rich-

1) ZR 76 Nr. 1. Dies kann aber nicht als einhellige Praxis angesehen werden, vgl. z.B. B1SchK 35 S. 120 Nr. 30.

2) Brand lehnt diese Auffassung ab: SJZ 44 S. 55 ff., 47 S. 337 ff.

3) Baumann S. 150

tung. Das Datum der Konkursöffnung muss doch vielmehr jenes sein, an dem die Wirkungen eintreten, es darf nicht umgekehrt das Datum abstrakt festgelegt werden und danach über den Eintritt der Wirkungen entschieden werden.

bbb) Es ist denkbar, dass der Suspensiveffekt erteilt, die Berufung aber nachher doch abgewiesen wird. Alsdann stellt sich die Frage, ob die Wirkungen des Konkurserkennnisses erst mit dem Berufungsentscheid eintreten oder ob sie auf den erstinstanzlichen Entscheid zurückbezogen werden. Es ist dies Frage nach dem Datum der Konkursöffnung. Gemäss herrschender Auffassung ist der Entscheid der Berufungsinstanz massgebend¹⁾. Geht man davon aus, dass der Suspensiveffekt alle Wirkungen des Konkurserkennnisses hemmt, so muss man sich konsequenterweise anschliessen²⁾. Andernfalls würden sich unhaltbare Resultate ergeben, indem das materielle Konkursrecht rückwirkend gelten würde, das Konkursverfahren aber nicht rückbezogen werden kann. Es würden also Rechtsgeschäfte, die der Schuldner mit Dritten abgeschlossen hat, rückwirkend für ungültig erklärt, ohne dass aber eine Konkurspublikation den Dritten gewarnt hätte³⁾.

1) BGE 53 III 207, 54 III 12, 79 III 45 ff., 85 III 157 f.; SJZ 70 S. 231 Nr. 47; Favre S. 246, Fritzsche II S. 17, Vetsch SJZ 33 S. 154

2) Es nehmen denn auch jene Entscheide und Autoren, die die Auffassung vertreten, dass der Suspensiveffekt sowohl formelle als auch materielle Wirkungen des Konkurserkennnisses hemmt, den Berufungsentscheid als massgebliches Datum an, vgl. BGE 54 III 12, 57 I 368 f., 79 III 44 ff., 85 III 157 f.; Vetsch SJZ 33 S. 154. Jene Autoren, die in der ersten Frage anderer Ansicht sind, sind es folgerichtigerweise auch hier, vgl. Baumann S. 149 ff., Brand SJZ 44 S. 51 ff.
Vgl. im übrigen ZR 60 Nr. 94, wonach die Frage nach dem Datum der Konkursöffnung dann wenig praktische Bedeutung habe, wenn man eine Hemmung des materiellen Konkursrechtes annehme. Diese Aussage kann nur dann zutreffen, wenn man davon ausgeht, dass das erste das zweite präjudiziert. Damit belegt aber dieser Entscheid die hier vertretene Auffassung.

3) Vgl. BGE 53 III 207, 54 III 12; Vetsch SJZ 33 S. 154

ccc) Schliesslich ist die Frage des Zusammenhanges von Novenrecht und Suspensiveffekt zu erörtern. Im Grundsatzentscheid des Bundesgerichtes zu dieser Frage¹⁾ ging es darum, ob im Berufungsverfahren Nova berücksichtigt werden könnten, die erst nach der erstinstanzlichen Verhandlung eingetreten sind. Der angefochtene Entscheid des solothurnischen Obergerichtes hatte die Frage unter der Voraussetzung bejaht, dass der Berufung aufschiebende Wirkung erteilt werde. Demnach wären also solche Nova dann zulässig, wenn aufschiebende Wirkung erteilt wurde, im umgekehrten Fall nicht²⁾. Das Bundesgericht hat dies im zitierten Entscheid als willkürlich angesehen mit der zweifachen Begründung, dass erstens die Berücksichtigung von Nova von einem Ermessensentscheid – nämlich jenem über die Erteilung des Suspensiveffektes – abhängig gemacht würde und zweitens dieser Entscheid in der Regel zu einem Zeitpunkt getroffen werde, in dem das Vorbringen von Nova (sofern sie überhaupt als zulässig betrachtet werden) noch möglich sei. Insgesamt falle damit die Zulassung von Nova dem Zufall anheim. Also gehe es nicht an, die Frage nach der Zulässigkeit von Nova von jener nach der Erteilung des Suspensiveffektes abhängig zu machen^{3) 4)}.

Der bundesgerichtlichen Lösung ist zuzustimmen. Erstens überzeugt die Argumentation, wenn man vom Gesichtspunkt der Nova aus-

1) BGE 76 I 273 ff.

2) So auch ZR 34 Nr. 81, offenbar auch Jaeger/Daeniker Praxis N 7 zu Art. 174 SchKG.

3) Die Praxis der Kantone hat sich auf dieser Grundlage verschieden entwickelt, vgl. die neue Zürcher Praxis in ZR 76 Nr. 1, ferner Solothurn in BLSchK 35 S. 120 Nr. 30, Basel-Stadt in BLSchKG 35 S. 24 Nr. 8 und Thurgau in BLSchK 40 S. 145 Nr. 45; vgl. auch BGE 102 Ia 153 ff., wo das Bundesgericht klargestellt hat, dass die Novenfrage eine Frage des kantonalen Rechts ist; ferner BGE 101 Ia 201 ff.

4) Gegen eine Bedeutung des Suspensiveffektes für die Frage der Nova: Brand SJZ 47 S. 337 ff., Fritzsche II S. 15, Zahner S. 70; SJZ 46 S. 377 Nr. 117, vgl. auch ZR 55 Nr. 146. Für die andere Ansicht: ZR 34 Nr. 81 (durch SJZ 46 S. 377 Nr. 117 und BGE 76 I 273 ff. jedoch überholt), offenbar auch Jaeger/Daeniker Praxis N 7 zu Art. 174 SchKG.

geht. Zweitens lässt sich sagen, dass die verschiedenen Rechtsmitteleigenschaften¹⁾ voneinander unabhängig sind. Das positive Recht kann einem bestimmten Rechtsmittel gewisse dieser Eigenschaften beilegen und andere nicht, ohne durch die Zuerkennung einer Eigenschaft zur Anordnung auch einer anderen gezwungen zu sein. Die Zwecke, die mit dem Novenrecht verfolgt werden, sind andere als jene, denen der Suspensiveffekt dient: ersteres soll eine Weiterführung des Prozesses unter Berücksichtigung neu eingetretener Tatsachen ermöglichen, bei letzterem geht es um die Frage, ob ein angefochtener Entscheid schon vollstreckt werden kann. Diese Fragestellungen sind voneinander unabhängig. Daher erscheint es auch nicht als zwingend, die Regelung des Novenrechts von jener des Suspensiveffektes abhängig zu machen. Dies wird von der dem Bundesgericht widersprechenden Ansicht verkannt. Sie nämlich geht vom Suspensiveffekt aus und stellt zunächst zutreffend fest, dass dieser sämtliche Entscheidungswirkungen hemme. Habe also das erstinstanzliche Konkurserkennntnis keinerlei Wirkung, so müssten Nova zulässig sein²⁾. Darin liegt nun eingeschlossen, dass eine Abhängigkeit des Novenrechts vom Suspensiveffekt angenommen wird.

ddd) Zusammenfassend kann also – um auf die hier interessierende Kernfrage zurückzukommen – festgestellt werden, dass sich die Meinung, wonach der Suspensiveffekt sämtliche Wirkungen des Konkurserkennntnisses – sowohl Konkursverfahren als auch materielles Konkursrecht – hemme, durchgesetzt hat, und zwar vor allem gestützt auf die Erwägung, dass die gegenteilige Lösung zu praktischen Komplikationen führte. Dabei ist aber doch zu beachten, dass das Problem, das dieser Lösung innewohnt – die Gefahr nämlich, die dem

1) Devolutiveffekt, vollkommene und unvollkommene, Suspensiveffekt, Novenrecht, reformatorische und kassatorische, ordentliche und ausserordentliche.

2) ZR 34 Nr. 81

Gläubiger daraus erwächst, dass der Schuldner wieder volle Verfügungsfreiheit erlangt – sich hier nicht in voller Schärfe stellt: es besteht die ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit vorsorglicher Massnahmen, die es erlaubt, die notwendig erscheinenden Beschränkungen aufzuerlegen.

Wird ausnahmsweise die Berufung abgewiesen¹⁾, obwohl aufschiebende Wirkung erteilt wurde, so wird der Eintritt der Wirkungen nicht auf den Zeitpunkt des erstinstanzlichen Konkurserkennnisses zurückbezogen, sondern sie gelten erst mit Wirkung ab dem Datum des Berufungsentscheides. Als Datum der Konkursöffnung gilt dieser Zeitpunkt.

ee) Beschwerde gegen die Pfändung

Die Wirkungen der Pfändung sind: Erlass des Pfändungsbeschla-
ges, worin auch eine Bezeichnung der betroffenen Gegenstände ent-
halten ist, Verfügungsverbot verknüpft mit straf- und zivilrechtlichen
Sanktionen²⁾, Auslösen der Pflicht des Betreibungsamtes zur Anord-
nung von Massnahmen zur Sicherung der Pfändungsrechte³⁾, zur
Verwaltung und Bewirtschaftung gepfändeter Grundstücke⁴⁾ und zur
Einheimsung der Früchte⁵⁾, Ingangsetzen der Fristen für Anschluss-
pfändungen⁶⁾ und Verwertungsbegehren⁷⁾. Hier nicht relevant ist die

1) Dafür, dass es Ausnahme bleibt, kann durch restriktive Praxis bei der Erteilung der aufschiebenden Wirkung gesorgt werden.

2) Art. 96 SchKG

3) Art. 98-101 SchKG; u.U. amtliche Verwahrung von Fahrnis (Art. 98), Anzeige an den Schuldner gepfändeter Forderungen, rechtsgültig nur noch an das Amt leisten zu können (Art. 99), Erlass von Verfügungsbeschränkungen in bezug auf gepfändete Grundstücke (Art. 101).

4) Art. 102 SchKG

5) Art. 103 SchKG

6) Art. 110, 111 SchKG

7) Art. 116 SchKG

Pflicht des Amtes, eine Pfändungsurkunde zu erstellen¹⁾ und diese dem Gläubiger und dem Schuldner durch Abschrift mitzuteilen²⁾, weil dies interne Verrichtungen des Amtes darstellen, die vom Suspensiveffekt ohnehin nicht betroffen werden können³⁾.

Nimmt man nun an, der Suspensiveffekt einer vom Schuldner gegen die Pfändung erhobenen Beschwerde hemme sämtliche Wirkungen des angefochtenen Entscheides, so bedeutet das, dass in erster Linie der Pfändungsbeschluss wegfällt. Der Schuldner kann also ohne strafrechtliche Konsequenzen⁴⁾ und ohne dass seine Rechtsgeschäfte zivilrechtlich angefochten werden könnten wieder frei über die gepfändeten Gegenstände verfügen. Ausserdem fallen die Sicherungsmassnahmen nach Art. 98-101 SchKG weg, insbesondere ist eine allenfalls angeordnete amtliche Verwahrung wieder aufzuheben, der Schuldner ist wieder in Verwaltung und Bewirtschaftung seiner Grundstücke eingesetzt und die obengenannten Fristen laufen nicht⁵⁾. Diese Konsequenzen reichen weit. Sie erscheinen jedoch dann als richtig, wenn man annimmt, die angefochtene Pfändung sei tatsächlich unrechtmässig gewesen. Dies aber ist der Regelfall, in dem einer Beschwerde Suspensiveffekt erteilt werden soll. Wenn man dagegen umgekehrt annimmt, der Beschwerde sei zwar aufschiebende Wirkung erteilt worden, sie werde aber in der Folge doch abgewiesen, so ergibt sich ein für den Gläubiger sehr unbefriedigendes Resultat. Nachdem nämlich der Pfändungsbeschluss weggefallen ist, besteht die

1) Art. 112 SchKG

2) Art. 113 SchKG

3) Vgl. unten S. 196

4) Der einschlägige Straftatbestand ist jener des Verstrickungsbruches (Art. 169 StGB). Die Strafrechtslehre scheint – in Uebereinstimmung mit der These der Hemmung sämtlicher Wirkungen – davon auszugehen, dass die betreffende Sache nicht mehr verstrickt ist, wenn der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt wurde (Schwander N 595; ders. SJK 1130 S. 3 lit. a).

5) Näheres vgl. S. 184 f.

Gefahr, dass der Schuldner, der ja infolge des Suspensiveffektes volle Verfügungsfreiheit hatte, Vermögenswerte beiseite geschafft hat.

Nach der anderen hier zu untersuchenden Annahme bedeutet der Suspensiveffekt nur eine Hemmung des weiteren Verfahrens. Demnach wird die angefochtene Pfändung nicht in ihrem Bestand tangiert, sämtliche Wirkungen bleiben in Kraft bis zu einer allfälligen Gutheissung der Beschwerde. Einzig die Verwertung als nächster Schritt im Verfahren wird gehemmt¹⁾. Diese Lösung führt im Falle der Abweisung der Beschwerde zu einer befriedigenderen Lösung aus der Sicht des Gläubigers. Er hat nun durch die Erteilung der aufschiebenden Wirkung nur Zeit verloren, nicht aber das Pfändungssubstrat. Für den Schuldner ist sie jedoch im umgekehrten Fall, wo die Beschwerde gutgeheissen wird, unbefriedigend. Er ist alsdann durch eine zu Unrecht erfolgte Pfändung in seiner Verfügungsfreiheit über seine Vermögensgegenstände empfindlich eingeschränkt worden – und dies selbst dann, wenn die Pfändung offensichtlich rechtswidrig war.

Geht man von der bei der Berufung gegen das Konkurserkennntnis herrschenden Praxis aus, so muss man konsequenterweise auch annehmen, der Suspensiveffekt der Beschwerde gegen die Pfändung hemme sämtliche Wirkungen. Sachlich besteht nämlich kein wesentlicher Unterschied zwischen Pfändung und Konkursöffnung: beide folgen auf das Einleitungsverfahren und begründen einen Beschlagnahme des Vermögen des Schuldners, der die Grundlage für die weitere Vollstreckung schafft. Zudem gilt auch hier, dass die Erteilung des Suspensiveffektes systematisch der begründeten Beschwerde zuzuordnen ist (mit den gemachten Vorbehalten). Damit ergibt sich, dass es grundsätzlich richtig erscheint, eine Hemmung sämtlicher Wirkungen anzunehmen.

1) So offenbar das Zürcher Obergericht, II. ZivK Nr. 2 SchK/76 vom 27. Februar 1976: "Denn ganz allgemein wird durch die Erteilung der aufschiebenden Wirkung ... eine bereits vollzogene Pfändung nicht wieder rückgängig gemacht. Es wird damit lediglich die Verwertung ... hinausgeschoben ..."

Diese Lösung stösst jedoch dann auf Schwierigkeiten, wenn die Beschwerde, der Suspensiveffekt erteilt wurde, schliesslich doch abgewiesen wird. Alsdann hatte der Schuldner Gelegenheit, seine Vermögensgegenstände beiseite zu schaffen und damit den Gläubiger um das Vollstreckungssubstrat zu bringen. Es fragt sich daher, ob nicht hier analog zum Verfahren bei der Konkurseröffnung vorsorgliche Massnahmen zulässig seien, mit denen dieser Gefahr begegnet werden könnte. Solches sieht das Gesetz jedoch bei der Pfändung nicht vor. Daran knüpfen sich folgende Fragen: Ist allenfalls der Erlass vorsorglicher Massnahmen gestützt auf das kantonale Prozessrecht zulässig? Wenn nein, ist das Schweigen des Gesetzes bei der Pfändung als ein qualifiziertes anzusehen? Ist eine Gesetzeslücke anzunehmen, deren Füllung die Möglichkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen eröffnete?

Die erste Frage ist eindeutig zu verneinen. Die Pfändung und die Beschwerde gegen sie sind Institute des SchKG, nicht des kantonalen Rechts. Da deren Regelung abschliessend ist, kann eine Anwendung kantonalen Rechts hier nicht in Frage kommen¹⁾.

Zweitens ist festzustellen, dass das SchKG bei der Berufung gegen das Konkurserkenntnis die Möglichkeit vorsorglicher Massnahmen ausdrücklich vorsieht²⁾, sich bei der Pfändung jedoch ausschweigt. Ist dies ein qualifiziertes Schweigen, dem zu entnehmen wäre, dass vorsorgliche Massnahmen hier auszuschliessen seien? Das ist anzunehmen. Soweit das SchKG einstweiligen Rechtsschutz gewähren will, ist dieser nämlich ausdrücklich geregelt. So finden sich Bestimmungen über provisorische Pfändung, Güterverzeichnis und Arrest³⁾. Das lässt darauf schliessen, dass da, wo das Gesetz schweigt, auch kein einstweiliger Rechtsschutz gewährt werden sollte. Damit ist auch die Frage nach einer Gesetzeslücke in negativem Sinne beantwortet.

1) Meier SchKR S. 149

2) Art. 174 Abs. 2 SchKG

3) Vgl. Meier SchKR S. 149 ff.

Es ergibt sich also, dass die Aufsichtsbehörde, die einer Beschwerde gegen eine Pfändung Suspensiveffekt verleiht, nicht gleichzeitig auch vorsorgliche Massnahmen treffen kann in der Meinung, den Schuldner an der Verfügung über die gepfändeten Gegenstände zu hindern. Das bedeutet, dass dieser frei und ungestraft sein Vermögen beiseite schaffen kann, was im Falle einer Abweisung der Beschwerde zu unhaltbaren Ergebnissen für den Gläubiger führen kann. Damit ergeben sich gewichtige Bedenken gegen die These, dass Suspensiveffekt Hemmung aller Wirkungen der Pfändung bedeute. Sie könnten nur durch eine sehr restriktive Praxis bei der Erteilung der aufschiebenden Wirkung einigermaßen entkräftet werden.

Andererseits führt die gegenteilige These, nach der nur das weitere Verfahren gehemmt wird, dazu, dass sich für den Schuldner Härten ergeben können, indem er zu Unrecht in seiner Verfügungsfreiheit beschränkt bleibt, bis der Beschwerdeentscheid ergeht.

Zusammenfassend ergeben also beide Lösungsmöglichkeiten für die eine oder die andere Partei potentielle Nachteile. Um die angemessene Lösung zu finden, sind diese gegeneinander abzuwägen. Dabei ist davon auszugehen, dass es sich um ein Vollstreckungsverfahren handelt, der materielle Bestand der durchzusetzenden Verpflichtung also nicht zur Diskussion steht. Man kann also sagen, es stehe das Interesse des Gläubigers auf schnelle und wirkungsvolle Vollstreckung gegen jenes des Schuldners auf Einhaltung eines gesetzmässigen Verfahrens. Da die materielle Verpflichtung des Schuldners feststeht, wird im Zweifel diesem der Nachteil eher zugemutet werden dürfen als dem Gläubiger. Ausserdem dürfte der Nachteil, der dem Gläubiger aus einem allfälligen Verlust des Pfändungssubstrates erwächst, gewichtiger sein als jener, den der Schuldner erleidet, wenn zu Unrecht gepfändete Gegenstände nicht schon während des Beschwerdeverfahrens aus dem Pfändungsbeschluss entlassen werden können. Obwohl nämlich die Gegenstände gepfändet sind, kann sie der Schuldner in der Regel doch weiterhin benutzen, nur veräussern darf

er sie nicht¹⁾.

Insgesamt erscheint es also in bezug auf den Suspensiveffekt der Beschwerde gegen die Pfändung richtiger anzunehmen, er hemme lediglich das weitere Verfahren, nicht aber sämtliche Wirkungen der Pfändung.

ff) Beschwerde gegen den Arrestvollzug

Die Beschwerde gegen den Arrestvollzug ist zulässig²⁾. Dieser hat weitgehend dieselben Wirkungen wie die Pfändung, insbesondere werden die verarrestierten Gegenstände mit Beschlag belegt und es wird dem Schuldner unter Strafdrohung verboten, über sie zu verfügen³⁾. Der Arrestvollzug⁴⁾ setzt aber andere Fristen in Gang: zehn Tage für die Arrestprosequierung durch den Gläubiger⁵⁾, fünf Tage für die Erhebung der Arrestaufhebungsklage durch den Schuldner⁶⁾.

Der Suspensiveffekt der Beschwerde bedeutet nun, geht man vom Grundsatz aus, es werde nur das weitere Verfahren gehemmt, dass lediglich die Frist zur Arrestprosequierung unterbrochen wird. Nimmt man dagegen eine Hemmung aller Wirkungen an, so bedeutet

1) Art. 98 SchKG: Es darf wohl als Regelfall angesehen werden, dass gepfändete Gegenstände dem Schuldner vorläufig belassen und nicht in amtliche Verwahrung genommen werden.

2) BGE 88 III 141 f. E. 1, 99 III 19 E. 2
Zu beachten ist jedoch, dass die Beschwerdegründe eingeschränkt sind: Weder der Bestand der materiellen Forderung (zu dessen Abklärung dient die Arrestprosequierung) noch das Vorliegen eines Arrestgrundes (dafür ist die Arrestaufhebungsklage gedacht) können Gegenstand einer Beschwerde sein. Geltend gemacht kann dagegen werden, dass die Behörde, die den Arrestbefehl erlassen hat, nicht zuständig sei oder dass Kompetenzgut verarrestiert wurde (Blumenstein S. 839).

3) Art. 275 i. V. m. 96 SchKG

4) Die Fristen beginnen mit der Zustellung der Arresturkunde zu laufen. Dies aber gehört zum Arrestvollzug.

5) Art. 278 Abs. 1 SchKG

6) Art. 278 Abs. 2 SchKG

das nebst der Hemmung der spezifisch arrestrechtlichen Fristen dasselbe wie bei der Pfändung.

Der Arrestvollzug weist eine gewisse Aehnlichkeit zur Pfändung auf. Insbesondere begründen sowohl Pfändung als auch Arrest einen Beschlag an Vermögensgegenständen des Schuldners und wickeln sich weitgehend nach denselben Regeln ab.¹⁾ Für die Frage nach dem Suspensiveffekt ist also von den bei der Pfändung angestellten Ueberlegungen auszugehen.

Dort wurde dem Suspensiveffekt die Wirkung, den Pfändungsbeschlag zu hemmen, deshalb abgesprochen, weil dies die Gefahrschaffen würde, dass der Gläubiger das Vollstreckungssubstrat verlore. Dieses Interesse des Gläubigers wurde deshalb höher gewertet als das gegenläufige Interesse des Schuldners, weil es um die Vollstreckung einer festgestellten materiellen Pflicht geht und gesagt werden kann, es gehe das Interesse des Gläubigers vor (Tendenz des Vollstreckungsverfahrens zur Härte gegen den Schuldner). Diese letzte Argumentation ist hier nicht anwendbar, denn im Zeitpunkt der Arrestlegung ist allermeist der materielle Bestand der Forderung nicht festgestellt.

Dennoch erscheint es auch in bezug auf den Arrest als sinnvoll anzunehmen, der Suspensiveffekt hebe den Arrestbeschlag nicht auf. Arrest wird nämlich nur in Fällen erteilt, wo eine erhöhte Gefährdung des Vollstreckungserfolges besteht²⁾. Alsdann wird er aber überfallartig vollzogen³⁾. Die Weiterzugsmöglichkeiten sind ausserdem stark eingeschränkt: gegen den Arrestbefehl gibt es kein Rechtsmittel⁴⁾. Zur Hauptsache ist die Beurteilung der Rechtsmässigkeit des Arrestes auf den Klageweg verwiesen⁵⁾ und die Erhebung einer

1) Vgl. Art. 275 SchKG

2) Vgl. die Arrestgründe in Art. 271 SchKG

3) Es fehlt insbesondere eine Ankündigung, wie sie bei der Pfändung vorgesehen ist.

4) Art. 279 SchKG; ausserordentliche kant. Rechtsmittel vorbehalten.

5) Art. 278, 279 Abs. 2 SchKG

solchen Klage ändert vorerst nichts am Bestand des Arrestes. Lediglich wegen gewisser formeller Mängel kann der Arrestvollzug mit Beschwerde angefochten werden¹⁾. Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber bestrebt war, die Bestandessicherheit und damit die Durchschlagskraft des Arrestes in hohem Masse zu gewährleisten. Nur dann kann er auch die ihm zugedachte Sicherungsfunktion erfüllen. Geht man nun davon aus, so verbietet sich die Annahme, der Suspensiveffekt der Beschwerde gegen den Arrestvollzug hebe den Arrestbeschluss auf. Das verträge sich mit der sonst hohen Bestandessicherheit nicht.

In bezug auf die Klagefristen, die durch den Arrestvollzug in Gang gesetzt werden²⁾, ist vom Grundsatz auszugehen, dass der Suspensiveffekt den Beginn des Fristenlaufs hemmt³⁾. Gründe, weshalb es hier anders gehalten werden soll, sind nicht ersichtlich. So hat es keinen Sinn, den Gläubiger zur Prosequierung zu veranlassen, solange der Bestand des Arrestes nicht gesichert ist. Dasselbe gilt für die Arrestaufhebungsklage des Schuldners. Anzumerken ist jedoch, dass die sofortige Klageerhebung durch den Suspensiveffekt nicht verunmöglicht wird. Zweitens dürften Gläubiger und Schuldner gut beraten sein, die jeweilige Klage nebst der Beschwerde sofort zu erheben, denn die Klagefrist ist im einen Fall gleich lang⁴⁾, im anderen kürzer als die Beschwerdefrist⁵⁾. Also würde bei Nichterhebung eine Klageverwirkung riskiert für den Fall, dass kein Suspensiveffekt erteilt wird.

1) Z.B. wegen Unzuständigkeit der Arrestbehörde oder wegen Kompetenzqualität der verarrestierten Gegenstände.

2) Der entscheidende Zeitpunkt ist die Zustellung der Arresturkunde, Art. 278 Abs. 1, 279 Abs. 2 SchKG. Diese aber gehört zum Arrestvollzug. Durch sie erfahren Gläubiger und Schuldner vom Vollzug (Art. 276 Abs. 2 SchKG).

3) Vgl. S. 184 f.

4) Art. 278 Abs. 1 SchKG

5) Art. 279 Abs. 2 SchKG

gg) Beschwerde gegen die Aufnahme der Retentionsurkunde

Die Aufnahme der Retentionsurkunde bedeutet in ähnlicher Weise wie der Arrest eine Sicherungsmassnahme zugunsten des Gläubigers. Die Wirkungen entsprechen jenen des Arrestes: Begründung eines Beschlagesrechtes nach den Regeln der Pfändung¹⁾ und Ingangsetzen einer Frist zur Retentionsprosequierung²⁾.

Für die Frage des Suspensiveffektes und seiner Wirkungen kann auf das beim Arrest Ausgeführte verwiesen werden.

b) Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich also, dass der Suspensiveffekt bei Anfechtung des Zahlungsbefehls, der Rechtsöffnung und der Konkurs-eröffnung sämtliche Wirkungen des angefochtenen Entscheides hemmt. Eingeschränkt ist seine Tragweite bei der Beschwerde gegen Pfändung, Rechtsstillstand, Arrestvollzug und Retentionsurkunde.

Dies erscheint wenig verallgemeinerungsfähig. Insbesondere kann nicht allgemein gesagt werden, Suspensiveffekt bedeute Hemmung aller Entscheidungswirkungen. Vielmehr handelt es sich dabei um einen – wohl als richtig zu aner kennenden – Grundsatz, von dem abzuweichen jedoch in einigen Fällen als notwendig erscheint. In diesem Sinne sind die Fälle, wo nicht alle Wirkungen gehemmt werden, als Ausnahmen zu betrachten. Solche sind dann anzunehmen, wenn eine Hemmung aller Wirkungen zu nicht haltbaren potentiellen Nachteilen für die eine oder die andere Partei führen würde.

Das führt dazu, dass der Suspensiveffekt in vergleichbaren Fällen verschiedene Auswirkungen haben kann, z. B. bei Anfechtung der Pfändung und der Konkursöffnung. Das scheint widersprüchlich und nicht mit dem Gebot, dass auf gleiche Fragen gleiche Antworten zu geben seien, vereinbar zu sein. Der Unterschied erklärt sich daraus, dass bei der Berufung gegen das Konkurserkennntnis vorsorgliche

1) Favre S. 233, Fritzsche II S. 256

2) Art. 283 Abs. 3 SchKG

Massnahmen möglich sind, nicht jedoch bei der Beschwerde gegen die Pfändung. Das verbietet, dass der Suspensiveffekt im letzterem Falle alle Entscheidungswirkungen hemmt, denn daraus könnten sich wie gezeigt praktisch unhaltbare Resultate ergeben.

Es lässt sich also nicht allgemein sagen, welche Auswirkungen der Suspensiveffekt eines betreibungsrechtlichen Rechtsmittels hat. Vielmehr ist diese Frage für jede angefochtene Verfügung separat zu entscheiden. Daraus ergibt sich nun aber für die Parteien eine gewisse Rechtsunsicherheit, indem insbesondere der Laie nicht unbedingt in der Lage sein wird, die Bedeutung der aufschiebenden Wirkung, die einer ihn betreffenden Beschwerde erteilt wurde, zu erkennen. Das wirft die Frage auf, ob nicht die Rechtsmittelinstanz dann, wenn sie aufschiebende Wirkung erteilt, die im konkreten Fall daran geknüpften Wirkungen bezeichnen sollte. Vom Standpunkt der Rechtssicherheit und vom Interesse, dass auch Laienparteien Betreibungen sollen durchführen können, her betrachtet wäre sie wohl zu bejahen.

3. Betrachtung de lege ferenda

Geht man vom Grundsatz aus, der Suspensiveffekt solle alle Entscheidungswirkungen hemmen, so erscheint die Feststellung unbefriedigend, dass dies in einigen wichtigen Fällen eben nicht gelten kann. Die Ursache dafür liegt darin, dass der Suspensiveffekt in wenig differenzierender Weise vollumfänglich angeordnet werden kann oder aber gesamthaft zu versagen ist. Die Rechtsmittelinstanz hat die Wahl zwischen einem Ja und einem Nein, dazwischen gibt es nichts. Alsdann sind aber die Wirkungen eines Ja so zu bemessen, dass sich keine unhaltbaren Resultate ergeben, und dabei ist vom schlimmstmöglichen Fall auszugehen: bei der Beschwerde gegen die Pfändung z.B. davon, dass Suspensiveffekt zwar erteilt, die Beschwerde aber nachher abgewiesen wird. Das ist zwar in dogmatischer Sicht der atypische Fall, praktisch aber wohl recht häufig und

daher nicht zu vernachlässigen. Allgemein kann also gesagt werden: die Zurückhaltung, die bei der Frage der Wirkungen des Suspensiv-effektes geübt wurde, ist eine Folge der fehlenden Möglichkeit zur Differenzierung. Das führt dazu, dass mit Rücksicht auf einen möglichen Fall in anderen Fällen Nachteile allgemein in Kauf genommen werden müssen. So ist es z.B. nach geltendem Rechtszustand nicht möglich, den Pfändungsbeschluss durch die Erteilung des Suspensiv-effektes wegfallen zu lassen, auch wenn noch so klar ist, dass die Beschwerde gegen die Pfändung begründet ist.

Es fragt sich, ob nicht eine Regelung getroffen werden könnte, die den Einzelfall besser zu berücksichtigen erlaubte. Eine solche bestünde darin, dass man Art. 36 SchKG nach dem Vorbild von Art. 174 Abs. 2 SchKG ergänzte, dass also die Rechtsmittelinstanz allgemein die Befugnis erhielte, die Erteilung des Suspensiveffektes mit vorsorglichen Massnahmen zu verbinden. Das würde die Annahme erlauben, dass der Suspensiveffekt in jedem Fall alle Entscheidungswirkungen hemmt. Dort, wo sich daraus stossende Folgen ergeben könnten, liessen sich diese durch solche vorsorgliche Massnahmen, die die Tragweite der aufschiebenden Wirkung wieder beschränkten, beseitigen. So könnte z.B. bei der Beschwerde gegen die Pfändung mit bloss mittelmässig positiven Rechtsmittelaussichten zwar Suspensiveffekt erteilt, gleichzeitig aber vorsorglich ein Verfügungsverbot erlassen werden. Damit wären die Folgen, die oben zur Ablehnung einer Hemmung aller Wirkungen führen mussten, beseitigt. In Fällen mit klar positiven Rechtsmittelaussichten jedoch wäre es dann möglich, durch die Erteilung des Suspensiveffektes mit gleichzeitiger Unterlassung vorsorglicher Massnahmen den Pfändungsbeschluss wegfallen zu lassen.

V Wirkung ex nunc oder ex tunc?

Bei betreibungsrechtlichen Rechtsmitteln tritt der Suspensiv-
effekt nicht automatisch mit der Einlegung des Rechtsmittels ein,
sondern erst auf besondere Anordnung der Rechtsmittelinstanz hin.
Das bedeutet, dass zwischen der Einlegung des Rechtsmittels und der
allfälligen Erteilung des Suspensiveffektes notwendigerweise eine ge-
wisse Zeit verstreicht. Daher ist es möglich, dass im Zeitpunkt der
Erteilung des Suspensiveffektes Wirkungen des angefochtenen Ent-
scheides schon eingetreten sind oder das Verfahren schon weiterge-
führt worden ist. Wurde z.B. gegen die Konkurseröffnung Berufung
eingelegt, so ist die Beschränkung der Dispositionsbefugnis des
Schuldners schon eingetreten, wenn aufschiebende Wirkung erteilt
wird. Ebenso können gepfändete Sachen schon in amtliche Verwahrung
genommen sein. Weiterführung des Verfahrens liegt z.B. dann vor,
wenn bei der Erteilung der aufschiebenden Wirkung für eine Be-
schwerde gegen eine Pfändungsankündigung die Pfändung schon vorge-
nommen worden ist oder wenn im Falle der Anfechtung der Konkurs-
eröffnung das Inventar schon aufgenommen ist etc.

Diese Feststellungen führen zur Frage, welche Wirkung der er-
teilte Suspensiveffekt auf die Zeit zwischen der Fällung des angefoch-
tenen Entscheides und seiner Erteilung hat. Es ist die Frage, ob er
rückwirkend auf den Zeitpunkt des Entscheides oder der Rechtsmittel-
einlegung wirkt (ex tunc), oder aber erst von seiner Erteilung an (ex
nunc).

Die wohl herrschende Lehre führt aus, der Suspensiveffekt wirke
vorbehältlich anderer Anordnung ex tunc¹⁾. Das heisst also, dass die
vom Suspensiveffekt betroffenen Entscheidungswirkungen rückwirkend
wieder aufgehoben werden, m.a.W. als nie eingetreten zu gelten ha-
ben. Demnach fällt der durch die Konkurseröffnung bewirkte Entzug
der Dispositionsbefugnis des Schuldners wieder weg und allfällige

1) Blumenstein S. 90, Favre S. 66, Jaeger N 4 zu Art. 36 SchKG,
Sorg S. 85

während der Zeit zwischen Konkurseröffnung und Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgeschlossene Rechtsgeschäfte werden gültig. Angeordnete Sicherungsmassnahmen¹⁾ fallen wieder weg. Ebenso, wenn gegen die Pfändungsankündigung Beschwerde geführt wurde und der Suspensiveffekt erst in einem Zeitpunkt erteilt werden konnte, in dem die Pfändung schon durchgeführt war. Wäre nämlich der Suspensiveffekt rechtzeitig erteilt worden, so hätte er die Vornahme der Pfändung verhindert. Wird er nun zwar später erteilt, aber mit Wirkung ex tunc, so ist anzunehmen, die vorgenommene Pfändung werde dadurch wieder aufgehoben. Ein anderes Resultat ergibt sich bei der Frage, ob die Erteilung des Suspensiveffektes bei einer Beschwerde gegen eine Pfändung die Aufhebung einer schon angeordneten amtlichen Verwahrung gepfändeter Gegenstände bedeute. Das kann deshalb nicht der Fall sein, weil der Suspensiveffekt, wäre er auch rechtzeitig erteilt worden, diese Wirkung ohnehin nicht haben kann, denn aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen die Pfändung hat lediglich eine Hemmung des weiteren Verfahrens zur Folge²⁾.

Für diese Lösung, wonach der Suspensiveffekt ex tunc wirkt, sprechen folgende Erwägungen:

Es ist davon auszugehen, dass der Suspensiveffekt dazu dient, gewisse Entscheidungswirkungen nicht eintreten zu lassen, wenn ein Rechtsmittel eingelegt wurde. Es handelt sich dabei um eine Sicherungsfunktion: Sicherung vor einer Vereitelung der Wirksamkeit eines allfälligen Durchdringens des Rechtsmittels. Grundsätzlich erschiene es von daher gesehen als richtig, die Wirkungen des Suspensiveffektes sofort mit der Einlegung des Rechtsmittels eintreten zu lassen. Nur so wird die Sicherungsfunktion optimal erfüllt. Das aber bedingte einen automatisch eintretenden Suspensiveffekt. Diesen gibt es im SchKG nicht. Wollte man nun den Zeitpunkt, ab dem der Suspensiveffekt Wirkungen entfaltet, mit dem Zeitpunkt seiner Erteilung zu-

1) Art. 223 SchKG

2) Vgl. oben S. 170 ff.

sammenlegen, so führte das dazu, dass die Tragweite der aufschiebenden Wirkung im Einzelfall vom Zeitpunkt ihrer Erteilung abhinge. Damit wäre aber der Zufall massgebend. Das kann nicht die Meinung sein, denn damit hätte der Suspensiveffekt in einem Fall Wirkungen, die er im genau gleich gelagerten zweiten Fall nur darum nicht hätte, weil er später erteilt wurde. Es wären z.B. Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, die dieser nach Erteilung des Suspensiveffektes abgeschlossen hat, gültig, andere dagegen, die früher getätigt wurden, nicht. Dafür ist vom Zweck des Suspensiveffektes her kein Grund ersichtlich. Im Gegenteil: damit würden eben jene praktischen Komplikationen – eingeschränkt auf einen kürzeren Zeitraum – eintreten, die das Bundesgericht vermeiden will, indem es der Suspensivwirkung der Berufung gegen das Konkurserkennntnis Auswirkungen auf das materielle Konkursrecht beilegt¹⁾.

VI Suspensiveffekt und Fristen

Im SchKG gibt es verschiedene Arten von Fristen: Ausführungsfristen²⁾, Zustands- oder qualifizierte Fristen³⁾, Fristen für die Vornahme von Handlungen durch Parteien und Dritte⁴⁾ sowie schliesslich Verjährungs- und Verwirkungsfristen mit materieller Wirkung⁵⁾. In erster Linie interessieren hier die Fristen, die sich an Parteien und Dritte richten.

1) Vgl. oben S. 163

2) Sie sind an das Amt gerichtet und betreffen die Vornahme einer Amtshandlung, Blumenstein S. 195; Favre S. 96. Solche sind z.B. die Fristen, innert denen der Zahlungsbefehl zugestellt oder die Pfändung durchgeführt werden müssen, Art. 71, 89 SchKG.

3) Das sind solche, die "Eigenschaften einer Partei oder die rechtliche Bedeutung gewisser Tatsachen beeinflussen", Blumenstein S. 195; Favre S. 97. Beispiele: Art. 286, 287 SchKG.

4) Blumenstein S. 196; Favre S. 97

5) Blumenstein S. 197 f.; Favre S. 97

1. Fristen für Parteien und Dritte

Es sind dies solche, die gesetzt sind, um gewisse Rechtshandlungen vorzunehmen¹⁾. Die Folge ihrer Versäumung ist in der Regel Rechtsverlust²⁾. Gefragt ist hier, welche Auswirkungen der Suspensiveffekt einer gegen die fristansetzende oder -auslösende Verfügung gerichteten Beschwerde auf den Fristenlauf hat.

Es stellt sich dabei zunächst die Frage, ob der Suspensiveffekt überhaupt Auswirkungen auf den Lauf dieser Frist hat. Sie ist zu bejahen, weil die aufschiebende Wirkung grundsätzlich alle Entscheidungswirkungen hemmt³⁾. Das Ingangsetzen einer Frist ist eine solche Wirkung, die der angefochtenen Verfügung zukommt. Ausnahmsweise aber kann bei einzelnen Verfügungen nicht davon gesprochen werden, dass der Suspensiveffekt alle ihre Wirkungen hemmt. So wird z.B. bei der Anfechtung der Pfändung lediglich das weitere Verfahren gehemmt⁴⁾. Das ändert aber nichts daran, dass der Suspensiveffekt einer solchen Beschwerde den Fristenlauf hemmt: die in Frage stehende Frist ist nämlich Teil des weiteren Verfahrens. Es handelt sich um jene, die für die Stellung des Verwertungsbegehrens läuft⁵⁾. Jenes ist eine Parteihandlung, die der Weiterführung des Verfahrens dient. Wird nun dieses weitere Verfahren gehemmt, so ist nicht einzusehen, weshalb das Verwertungsbegehren dann schon gestellt werden soll.

Steht nun also grundsätzlich fest, dass der Fristenlauf gehemmt wird, so stellt sich die weitere Frage, wie das geschehe. Es bestehen

1) Z.B. Art. 74 Abs. 1, 83 Abs. 2, 88 Abs. 1, 106 Abs. 2, 107 Abs. 1 SchKG etc.

2) Favre S. 97

3) Vgl. S. 151; für die Frist zur Erhebung der Aberkennungsklage BGE 47 III 68 f., BGE 100 III 76 ff., 101 III 40 ff., ZR 67 Nr. 113 = SJZ 64 S. 103 Nr. 66; Blumenstein S. 265, Favre S. 141, Jaeger N 7 zu Art. 83 SchKG

4) Vgl. S. 170 ff., insb. 175

5) Art. 116 Abs. 1 SchKG

folgende Möglichkeiten: Es wäre erstens denkbar, Analoges zur Regelung gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG anzunehmen. Danach würde der Fristenlauf für die Dauer der aufschiebenden Wirkung stillstehen. Die zweite Möglichkeit besteht darin, den Beginn des Fristenlaufs auf den Zeitpunkt des Wegfalles der aufschiebenden Wirkung anzusetzen.

Lehre und Rechtsprechung nehmen einhellig das zweite an, dass also die Frist mit Wegfall der aufschiebenden Wirkung neu zu laufen beginne¹⁾. Dies wird damit begründet, dass die aufschiebende Wirkung ex tunc wirke²⁾, d.h. also auf den Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung zurückbezogen werde. Alsdann wird der begonnene Fristenlauf wieder rückgängig gemacht und die Frist beginnt nach Wegfall der aufschiebenden Wirkung von neuem zu laufen.

2. Ausführungsfristen

Diese sind an das Amt gerichtet, das innert Frist eine bestimmte Handlung vornehmen soll³⁾.

In einigen Fällen stellt sich hier die Frage, welchen Einfluss der Suspensiveffekt auf sie habe, gar nicht; da nämlich, wo die fristauslösende Handlung nicht anfechtbar ist. Das ist der Fall z.B. bei der Frist zur Benachrichtigung des Schuldners von der Stellung des Verwertungsbegehrens⁴⁾, zum Verkauf von beweglichen Sachen und Forderungen⁵⁾ und zur Zustellung der Konkursandrohung⁶⁾. Diese Fri-

1) Blumenstein S. 90; Jaeger N 4 zu Art. 36 SchKG; Sorg S. 85; BGE 53 III 20 E. 2, 32 I 265; SJZ 69 S. 106 Nr. 66

2) Blumenstein S. 90, Favre S. 66, Jaeger N 4 zu Art. 36 SchKG, Sorg S. 85; PKG 1969 S. 154 Nr. 80

3) Vgl. oben S. 183 Anm. 2

4) Art. 120, 155 SchKG

5) Art. 122 Abs. 1 SchKG

6) Art. 161 SchKG

sten beginnen mit der Stellung des entsprechenden Begehrens zu laufen. Die Stellung eines solchen Begehrens ist aber nicht anfechtbar, es kann also keine aufschiebende Wirkung geben¹⁾.

Denkbar ist eine aufschiebende Wirkung dagegen, wenn es etwa um die Frist zur Zustellung der Abschrift der Pfändungsurkunde geht²⁾. Diese fängt mit der Pfändung an zu laufen. Letztere kann mit Beschwerde angefochten werden. Dabei besteht, wenn diese sofort erhoben und auch der Suspensiveffekt sofort erteilt wird, zumindest theoretisch die Möglichkeit, dass letztere sich auf die in Frage stehende Frist auswirkt³⁾. Dasselbe trifft zu auf die Frist, die dem Amt zur Zustellung der Arresturkunde läuft⁴⁾, sowie auf jene zum Entwurf des Kollokationsplanes⁵⁾.

Es fragt sich nun, was die Erteilung des Suspensiveffektes in diesen Fällen bedeute. Geht man davon aus, Suspensiveffekt bedeute allgemein Hemmung der Wirkungen des angefochtenen Entscheides, so ist anzunehmen, auch dieser Fristenlauf werde gehemmt. Das

-
- 1) Trotzdem aber können diese Fristen gehemmt werden: indem nämlich eine der fristauslösenden vorabgehende und von dieser vorausgesetzte Verfügung mit Suspensiveffekt angefochten wird. Dann kann die fristauslösende Verfügung nicht ergehen und damit die Frist nicht laufen. Das geht aber am hier gestellten Problem vorbei, denn es geht um die Frage, welche Wirkung der Suspensiveffekt einer gegen die auslösende Verfügung selber gerichteten Beschwerde habe.
 - 2) Art. 113 SchKG
 - 3) Dies ist umso eher möglich, als praktisch die dreitägige Frist oft überschritten wird, Favre S. 158.
 - 4) Art. 276 Abs. 2 SchKG, wobei hier die Zeit, die zwischen dem Arrestvollzug und der Zustellung der Arresturkunde verstreicht, länger sein kann, weil die Frist erst mit der Uebermittlung der Urkunde an das Betreibungsamt (Art. 276 Abs. 1 SchKG) zu laufen beginnt. Die Möglichkeit, dass hier rechtzeitig Suspensiveffekt erteilt werden kann, wird dadurch realer.
 - 5) Art. 247 SchKG; diese Frist wird durch die öffentliche Bekanntmachung der Konkurseröffnung in Gang gesetzt (Art. 232 Ziff. 2 SchKG). Diese kann mit Beschwerde angefochten werden.

leuchtet ein für die Frist zum Entwurf des Kollokationsplanes. Wurde nämlich die öffentliche Bekanntmachung der Konkursöffnung angefochten, so hat das zunächst eine Hemmung der Eingabefrist zur Folge. Solange diese aber nicht abgelaufen ist, fängt die hier in Frage stehende Frist gar nicht zu laufen an, denn ihr Beginn ist auf den Ablauf der Eingabefrist angesetzt¹⁾. Damit aber ist das Problem auf indirektem Wege gelöst.

Direkt stellt es sich, wo es um die Fristen zur Zustellung der Pfändungs- und Arresturkunde geht. Auch hier ist davon auszugehen, dass der Suspensiveffekt die Wirkungen des angefochtenen Entscheides hemmt. Es fragt sich also, ob diese Mitteilungen und mit ihnen die für sie laufenden Fristen als Wirkung der Pfändungs- bzw. Arrestvollzugsverfügung anzusehen sind. Das ist kaum anzunehmen, denn es handelt sich weniger um eine selbständige Wirkung als vielmehr um eine blossе Perfektionierung der schon vorgenommenen Pfändung oder des Arrestes, eine "amtliche Bestätigung des Pfändungsvollzuges"²⁾. Sie gehört noch zum Pfändungs- bzw. Arrestvollzug. Im Gegensatz zu Mitteilung der Konkursöffnung³⁾ ergehen sie auch nur an die unmittelbar an Pfändung oder Arrest Beteiligten, an Gläubiger und Schuldner. Damit ist grundsätzlich nicht anzunehmen, dass der Suspensiveffekt hier eine Wirkung habe.

Zu beachten ist nun aber, dass die Pfändungsurkunde, falls keine oder zu wenig pfändbare Vermögensstücke aufgefunden wurden, als definitiver bzw. provisorischer Verlustschein dient⁴⁾. Damit erhält die Pfändungsurkunde eine über die blossе Verurkundung der Pfändung zu Beweis Zwecken⁵⁾ hinausgehende Bedeutung. Das nun ist eine Wirkung, die sich an die Pfändung anschliesst. Demnach wäre anzu-

1) Art. 276 Abs. 2 SchKG

2) Favre S. 158; Fritzsche I S. 190

3) Art. 176 SchKG

4) Art. 115 SchKG

5) Vgl. Blumenstein S. 351 f.

nehmen, der Suspensiveffekt hemme sie. Nimmt man das an, so muss daraus gefolgert werden, dass auch die Frist, die zur Zustellung der Abschrift der Pfändungsurkunde – des Verlustscheines – läuft, gehemmt wird. Diese Wirkung tritt aber deshalb nicht in allen Fällen ein, weil die Bedeutung des Suspensiveffektes von den mit der Beschwerde gestellten Anträgen abhängt¹⁾. In der Regel wird nämlich der Schuldner die Pfändung anfechten, weil zuviel oder Unpfändbares einbezogen worden sei und ihre Aufhebung in bezug auf diese Gegenstände verlangen. Damit wird aber die Verlustscheinqualität der Pfändungsurkunde keineswegs in Frage gestellt, sondern noch gestärkt, weil dem Pfändungssubstrat noch etwas entzogen werden soll. Damit kann sich der Suspensiveffekt hier nicht hemmend auswirken. Nur wenn umgekehrt der Gläubiger die Pfändung anfiicht und etwa die Pfändung weiterer Vermögensstücke, die der Beamte zu Unrecht als Kompetenzgut angesehen oder übersehen habe, verlangt, besteht die Möglichkeit, dass der Schätzungswert die Forderungssumme plus Kosten erreicht. Dann ist die Berechtigung des Verlustscheines in Frage gestellt und der Suspensiveffekt – dessen Erteilung zumindest theoretisch denkbar ist – wirkt sich aus. Um zu verhindern, dass in einem solchen Fall die ganze Pfändung zuungunsten des Gläubigers vom Suspensiveffekt erfasst würde, ist eine Beschränkung seiner Wirkung auf die Verlustscheinqualität der Pfändungsurkunde möglich²⁾.

Man gelangt damit zum Ergebnis, dass die Frist zur Zustellung der Abschrift der Pfändungs- oder Arresturkunde grundsätzlich durch den Suspensiveffekt einer gegen den Pfändungs- bzw. Arrestvollzug gerichteten Beschwerde nicht gehemmt wird. Eine Ausnahme gilt aber da, wo die Urkunde eine über die bloße amtliche Bestätigung hinausgehende Bedeutung hat, eben als Verlustschein wirkt.

1) Vgl. S. 150 f.

2) Vgl. unten S. 203

3. Zustandsfristen

Diese beeinflussen "Eigenschaften einer Partei oder die rechtliche Bedeutung gewisser Tatsachen"¹⁾. Zu ihnen gehören die sechsmonatige Frist, während der der Schuldner seit der Streichung im Handelsregister noch der Konkursbetreibung unterliegt²⁾, die zeitliche Beschränkung der Pfändbarkeit von hängenden und stehenden Früchten³⁾, die zeitliche Bestimmung der paulianisch anfechtbaren Rechtshandlungen des Schuldners⁴⁾, die Dauer der Wirkung des Güterverzeichnisses⁵⁾, die Frist, während der nach Rückzug des alten kein neues Konkursbegehren gestellt werden kann⁶⁾, die Dauer, für die während des Konkursverfahrens Zivilprozesse eingestellt werden⁷⁾ und die Dauer der Nachlassstundung^{8) 9)}.

Zum Teil sind diese Fristen aus der Natur der Sache heraus einer Beeinflussung durch den Suspensiveffekt entzogen. So die zeitliche Beschränkung der Pfändbarkeit von hängenden und stehenden Früchten, die an bestimmte Daten gebunden ist, und die Dauer des Verbotes der Neustellung eines zurückgezogenen Konkursbegehrens. Der Rückzug ist eine Parteihandlung, die der Beschwerde und damit dem Suspensiveffekt nicht unterliegt. Auch die Dauer der Nachlassstundung kann vom Suspensiveffekt nicht beeinflusst werden. Die Beschwerde gegen den Entscheid über sie kann nämlich nur der Schuldner, nicht auch der Gläubiger führen¹⁰⁾. Seine Beschwerde richtet

1) Vgl. oben S. 183 Anm. 3

2) Art. 40 SchKG

3) Art. 94 SchKG

4) Art. 286, 287 SchKG; es handelt sich hier um Rückwärtsfristen.

5) Art. 165 Abs. 2 SchKG

6) Art. 167 SchKG

7) Art. 207 Abs. 1 SchKG

8) Art. 295 Abs. 1 SchKG

9) Diese Beispiele stammen aus Blumenstein S. 196.

10) Favre S. 362; Fritzsche II S. 314

sich gegen die Nichtanordnung und ein allfälliger Suspensiveffekt bedeutet nicht eine Aenderung der Dauer der Stundung.

Die Dauer, für die Zivilprozesse eingestellt werden, unterliegt einem indirekten Einfluss durch den Suspensiveffekt. Sie beginnt mit der Konkurseröffnung und endet zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung¹⁾. Einerseits wird also der Beginn der Prozesseinstellung durch die aufschiebende Wirkung einer gegen die Konkurseröffnung gerichteten Beschwerde hinausgeschoben²⁾. Andererseits kann der Suspensiveffekt einer Beschwerde gegen einen während dieser Dauer vorgenommenen Verfahrensakt des Vollstreckungsverfahrens³⁾ das Verfahren hemmen und so die zweite Gläubigerversammlung hinausschieben. Damit verlängert er mittelbar die Dauer der Prozesseinstellung.

Die paulianische Anfechtungsklage ist zulässig zur Anfechtung von Schenkungen oder bestimmten Rechtshandlungen des Schuldners, die innerhalb der letzten sechs Monate vor der Pfändung bzw. der Konkurseröffnung vorgenommen wurden⁴⁾. Es fragt sich, ob der Suspensiveffekt einer Beschwerde gegen die Pfändung bzw. Berufung gegen das Konkurserkenntnis darauf einen Einfluss habe. Auszugehen ist dabei davon, dass der Schuldner als Rechtsmittelkläger auftritt und Ungültigkeit der Pfändung bzw. der Konkurseröffnung geltend macht⁵⁾. Der Suspensiveffekt bewirkt alsdann, dass die Pfändung

1) Art. 207 Abs. 1 SchKG

2) Vgl. ZR 34 Nr. 81, BGE 79 III 46 ff., 85 III 158, wonach der Suspensiveffekt alle Wirkungen der Konkurseröffnung, sowohl in bezug auf die Stellung des Schuldners als auch des Gläubigers hemme. Mithin muss er sich auch auf Art. 207 SchKG beziehen.

3) Z.B. gegen Beschlüsse der ersten Gläubigerversammlung.

4) Art. 286, 287 SchKG

5) Bei der Pfändung muss im übrigen die Beschwerde deren gesamten Bestand angreifen. Ist nur die Pfändung einzelner Gegenstände angefochten, so lässt das den Bestand an sich unberührt, so dass dieser Fall hier ausser Betracht fällt.

bzw. Konkursöffnung keine Wirkungen entfaltet. Das lässt darauf schliessen, dass diese angefochtene Pfändung bzw. Konkursöffnung nicht für die fragliche Frist von Bedeutung sein kann. Massgebend ist vielmehr der Moment, wo die Beschwerde abgewiesen wird und damit der Suspensiveffekt wegfällt. Dieses Resultat steht aber im Gegensatz zu der Tendenz, bei der (zeitlichen) Zulassung der Anfechtungsklage immer grosszügiger zu sein¹⁾. Diese geht aus der Erwägung hervor, dass die Zeit, während der eine Zwangsvollstreckung ausgeschlossen ist²⁾, bei der Berechnung der sechsmonatigen Rückwärtsfrist nicht mitgezählt werden solle³⁾. Daraus aber kann für die vorliegende Frage nichts hergeleitet werden. Es wird also für die Fristberechnung auf den Zeitpunkt abzustellen sein, wo die Pfändung bzw. Konkursöffnung rechtskräftig wird, d.h. die aufschiebende Wirkung wegfällt. Damit wirkt der Suspensiveffekt sich auf diese Frist aus.

Einer Einwirkung durch den Suspensiveffekt unterliegt auch die Höchstdauer des Güterverzeichnisses⁴⁾. Die Anordnung gemäss Art. 162 SchKG kann mittels Rekurs angefochten werden⁵⁾. Dessen Suspensiveffekt bewirkt, dass die Anordnung noch nicht rechtskräftig wird. Die viermonatige Frist beginnt also erst nach Erledigung des Rekurses bzw. Entzug der aufschiebenden Wirkung zu laufen. Diese beeinflusst mithin den Fristenlauf.

Dasselbe gilt für die sechsmonatige Frist, während der der Schuldner nach seiner Streichung aus dem Handelsregister noch der Konkursbetreibung unterliegt⁶⁾.

1) Vgl. dazu in chronologischer Reihenfolge Jaeger N 5 zu Art. 286 SchKG; Fritzsche II S. 278

2) Z.B. Nachlassstundung, Notstundung, Rechtsstillstand in der Betreibung für Erbschaftsschulden; vgl. BGE 62 III 63 E. 1

3) BGE 62 III 63 E. 1

4) Art. 165 Abs. 2 SchKG

5) §§ 272 i.V.m. 213 Ziff. 4 ZPO

6) Bezgl. Beschwerde gegen Verfügungen des Handelsregisteramtes und deren Suspensiveffekt vgl. His N 56 ff. zu Art. 929 OR, insb. N 65

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass eine Zustandsfrist nicht durch eine spezielle Fristansetzungsverfügung in Gang gesetzt wird¹⁾. Vielmehr wird ihr Lauf an eine andere Verfügung oder tatsächliche Begebenheit angeknüpft. Soweit diese angefochten werden kann, bewirkt der Suspensiveffekt dieses Rechtsmittels, dass die Verfügung nicht rechtskräftig wird und damit nicht für die Berechnung der Zustandsfrist in Betracht kommen kann. Insofern übt der Suspensiveffekt auf Zustandsfristen eine Wirkung aus.

4. Materiellrechtliche Fristen

Es sind dies Verjährungs- und Verwirkungsfristen²⁾. Diese beginnen meist mit einem Ereignis zu laufen, das nicht einer Anfechtung und damit einem Suspensiveffekt unterliegt³⁾. Einzig da, wo eine solche Frist durch amtlichen Akt angesetzt wird, kann dieser mit einem mit Suspensiveffekt ausgestatteten Rechtsmittel anfechtbar sein. Dann hat letzterer einen Einfluss⁴⁾: wird die fristansetzende Verfügung angefochten, so hindert der Suspensiveffekt den Eintritt ihrer Rechtskraft und Wirkungen. Die Frist fängt erst mit der Abweisung der Beschwerde zu laufen an.

1) wie das z.B. im Widerspruchsverfahren vorkommt.

2) Vgl. Blumenstein S. 197 f.

3) Z.B. Kenntnis des Bestandes einer Forderung, Zahlung einer Nichtschuld etc.

4) Vgl. z.B. Art. 310 SchKG

VII Wirkungen, die der Suspensiveffekt nicht haben kann

1. Keine vorsorgliche Anordnung dessen, was mit der Beschwerde verlangt wird

Es sind viele Beispiele denkbar, wo ein Bedürfnis angenommen werden könnte, dem Suspensiveffekt die Wirkung einer vorsorglichen Anordnung der verlangten Handlung beizulegen. Beschwerzt sich der Gläubiger wegen Unterlassung oder wegen ungenügenden Umfangs der Pfändung, so würde dies eine provisorische Vornahme der verlangten (weiteren) Pfändung bedeuten. Beschwerzt sich der Schuldner wegen Nichtgewährung des Rechtstillstandes, so wäre dieser vorläufig anzuordnen etc.

Derartiges kann jedoch nicht durch den Suspensiveffekt bewirkt werden¹⁾. Dieser hat nämlich zum Ziel, Wirkungen einer angefochtenen Verfügung noch nicht eintreten zu lassen, um den Erfolg einer Gutheissung des Rechtsmittels nicht zu gefährden oder zu verunmöglichen. Nicht aber hat es die Meinung, Wirkungen, die nicht eingetreten sind, vorsorglich doch eintreten zu lassen. Die für den Suspensiveffekt mangelnde Fragestellung ist, ob die Wirkungen eines schon bestehenden Entscheides bei seiner Anfechtung eintreten sollen oder nicht. Die Antwort kann nur in einem Ja oder einem Nein bestehen. Die Wirkungen, um die es geht, sind schon durch den Entscheid festgelegt. Eine vorläufige Anordnung dessen, was mit der angefochtenen Verfügung unterlassen und mit der Beschwerde verlangt wurde, kommt deshalb nicht in Frage, denn das liegt nicht mehr im Rahmen der Fragestellung des Suspensiveffektes. Solches kann nicht durch ein blosses Ja oder Nein angeordnet werden, sondern bedarf einer Verfügung, die inhaltlich etwas nicht schon Existierendes anordnet. Solches müsste aber Gegenstand einer vorsorglichen Massnahme sein.

1) BGE 38 I 806 f., 39 I 258, 101 III 51; Fritzsche I S. 47; Jaeger und Jaeger/Daeniker, Praxis N 4 zu Art. 36 SchKG; offenbar anderer, m.E. nicht haltbarer, Ansicht Deggeller S. 101

Diese aber sind im Betreibungsrecht nicht im gleichen Masse zulässig wie im Zivilprozessrecht ¹⁾.

2. Keine Wirkung im Sinne eines Verbotes der Vornahme von Parteihandlungen

Das Betreibungsverfahren basiert oftmals auf Parteiverhandlungen. So ist der Fortgang des Verfahrens an verschiedenen Stellen von einem Antrag des Gläubigers abhängig ²⁾. Der Schuldner kann ebenfalls durch Parteihandlung auf das Verfahren Einfluss nehmen, v. a. durch den Rechtsvorschlag. Es stellt sich nun die Frage, ob ein bestehender Suspensiveffekt die Vornahme solcher Parteihandlungen untersagt. Darf der Gläubiger z. B. dann, wenn der Schuldner gegen den Zahlungsbefehl Beschwerde geführt und aufschiebende Wirkung erhalten hat, das Fortsetzungsbegehren stellen? Darf der Schuldner einen Rechtsvorschlag erheben?

Ausgehen ist von der Funktion des Suspensiveffektes: er soll davor schützen, dass der Erfolg eines Rechtsmittels illusorisch gemacht wird, indem Wirkungen eintreten oder das Verfahren weitergeführt wird und damit nicht oder nur schwer reversible Zustände eintreten. Solches jedoch geschieht nicht, wenn der Gläubiger Begehren der genannten Art stellt. Das Begehren allein bewirkt nämlich nichts, solange das Amt ihm keine Folge gibt. Lediglich das letztere ist durch den Suspensiveffekt untersagt. Wurde also z. B. eine Pfändung angefochten und der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt, so darf der Gläubiger trotzdem das Fortsetzungsbegehren stellen. Dieses ist trotz Suspensiveffekt gültig gestellt, darf aber, analog zur Regelung beim Rechtsstillstand, erst nach Wegfall der aufschiebenden

1) Vorsorgliche Massnahmen sind dort zulässig, wo das SchKG sie vorsieht, so z. B. nach Art. 170, 174 Abs. 2.

2) Z. B. Betreibungsbegehren, Fortsetzungsbegehren, Verwertungsbegehren.

Wirkung vollzogen werden¹⁾. Ebenso darf der Gläubiger das Rechtsöffnungsbegehren stellen²⁾.

Dasselbe gilt für Parteihandlungen des Schuldners. Der Rechtsvorschlag ist weder eine Wirkung des (angefochtenen) Zahlungsbefehles, noch stellt er eine Weiterführung des Verfahrens dar. Zudem bewirkt er nichts, was dem Zweck des Suspensiveffektes zuwiderliefe, sondern führt im Gegenteil seinerseits zu einer Hemmung des Verfahrens. Dennoch darf er trotz bestehendem Suspensiveffekt eingelegt werden³⁾.

Wird also die Vornahme von Parteihandlungen durch den Suspensiveffekt nicht untersagt, so verhält es sich doch so, dass diese nicht vorgenommen werden müssen. Regelmässig läuft nämlich der betreffenden Partei eine Frist zur Vornahme der Handlung. Diese wird durch den Suspensiveffekt unterbrochen und fängt mit dessen Wegfall neu zu laufen an⁴⁾. Die Parteihandlung darf also, muss aber nicht während bestehender aufschiebender Wirkung vorgenommen werden.

Vielfach muss das Amt die eine Partei von der Vornahme einer Parteihandlung durch die andere benachrichtigen⁵⁾. Diese Mitteilung gehört als notwendige Folge zur Parteihandlung und wird mithin vom Suspensiveffekt nicht betroffen.

1) Für die Regelung beim Rechtsstillstand vgl. Fritzsche I S. 99 bei Anm. 159.

2) SJZ 69 S. 107 Nr. 66 a.E., OGer II. ZivK Nr. 7/SchK 78 vom 7. April 1978. Damit ist jedoch die Frage, ob die Rechtsöffnung auch erteilt werden dürfe, nicht beantwortet. Dazu unten 4.

3) SJZ 69 S. 106 Nr. 66

4) Vgl. dazu oben S. 184 f.

5) Z.B. Mitteilung des Rechtsvorschlages (Art. 76 SchKG) oder des Verwertungsbegehrens (Art. 120 SchKG).

3. Keine Wirkung für interne Verrichtungen des Amtes

Während eines Betreibungsverfahrens sind viele interne Verrichtungen durch das Amt durchzuführen. Vor allem handelt es sich dabei um Protokoll- und Registerführung¹⁾. Der Suspensiveffekt hat darauf keinen Einfluss, weil es sich nicht um Entscheidungswirkungen handelt, die nach aussen in Erscheinung treten.

Dies gilt jedoch nicht für Anmeldungen zur Eintragung ins Grundbuch²⁾. Dabei handelt es sich nicht mehr um eine rein interne Verrichtung des Amtes, sondern es wird vielmehr eine Verfügung vollzogen. Der Grundbucheintrag äussert Wirkungen, die zu verhindern der Suspensiveffekt gedacht ist.

4. Keine Wirkung in bezug auf Inzidenzstreitigkeiten

a) Das Problem

Innerhalb des Vollstreckungsverfahrens i. w. S. gibt es ein Vollstreckungsverfahren i. e. S. und "Nebenstreitigkeiten" (Inzidenzstreitigkeiten). Mit Vollstreckungsverfahren i. w. S. sind sämtliche vom SchKG geregelten Verfahrensschritte und -arten gemeint. Das Vollstreckungsverfahren i. e. S. umfasst ausschliesslich jene Schritte, die der eigentlichen Vollstreckung dienen und die materielle Rechtslage als festgestellt voraussetzen. Die "Nebenverfahren" sind jene, die eingeschaltet werden, um materielle Fragen innerhalb der Vollstreckung zu klären, so etwa Rechtsöffnungs- oder Widerspruchsverfahren.

Wurde gegen die Zustellung des Zahlungsbefehles Beschwerde erhoben und dieser aufschiebende Wirkung erteilt, so hindert das weder den Schuldner daran, Rechtsvorschlag zu erheben, noch den Gläubiger, das Rechtsöffnungsbegehren zu stellen³⁾. Alsdann fragt es

1) Art. 8 SchKG, Art. 28 ff. VBR 1

2) Art. 3 VZG

3) Vgl. oben S. 194 f.

sich, ob die Rechtsöffnung auch erteilt werden dürfe.

Gegen den Rechtsöffnungsentscheid kann Nichtigkeitsbeschwerde geführt werden. Wird dieser aufschiebende Wirkung erteilt, so hindert das den Schuldner nicht daran, die Aberkennungsklage zu erheben. Darf über diese aber während bestehender aufschiebender Wirkung entschieden werden?

Wurde eine Pfändung mit Bezug auf den Gegenstand X angefochten und wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt, so fragt sich, ob trotzdem ein Widerspruchsverfahren durchgeführt werden dürfe.

b) Lösung

Der Suspensiveffekt eines gegen eine Vollstreckungshandlung erhobenen Rechtsmittels sagt nichts über die Durchführung der genannten Nebenstreitigkeiten aus. Der Suspensiveffekt bedeutet nämlich Hemmung der Entscheidungswirkungen. Eine solche ist nun das Ingangsetzen der Frist, die zur Einleitung der Nebenstreitigkeit läuft. Diese wird durch die aufschiebende Wirkung unterbrochen, so dass mit der Einleitung der Nebenstreitigkeit zugewartet werden kann, bis über das Rechtsmittel entschieden ist. Es steht der betreffenden Partei aber frei, sofort das Rechtsschutzbegehren¹⁾ zu stellen.

Das Verfahren und der Entscheid über die Nebenstreitigkeit ist nun aber nicht eine Wirkung des angefochtenen Entscheides, sondern es handelt sich um ein selbständiges Verfahren. Darauf hat der Suspensiveffekt keinen Einfluss.

Das heisst aber nicht, dass in jedem Fall sofort über die Nebenstreitigkeit zu entscheiden wäre. Vielmehr steht es dem damit befassen Richter frei, das Verfahren zu sistieren. Dieser Entscheid hängt aber nicht davon ab, ob Suspensivwirkung besteht oder nicht²⁾. Wurde

1) Z.B. Rechtsöffnungsbegehren, Aberkennungsklage, Widerspruchs-
klage

2) Vgl. oben S. 97 f. zur ähnlichen Frage der Hemmung des Verfahrens
bei der Anfechtung prozessleitender Entscheide im Zivilprozessrecht.

also z.B. Beschwerde gegen den Zahlungsbefehl geführt, so wird der Rechtsöffnungsrichter den Entscheid darüber abwarten, denn eine gültige Betreibung ist Voraussetzung der Rechtsöffnung. Der mit einer Aberkennungs- oder Widerspruchsklage befasste Richter wird sich zu fragen haben, ob angesichts der hängigen Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Rechtsöffnung bzw. der Beschwerde gegen die Pfändung ein Rechtsschutzinteresse bestehe oder nicht. Dieser Entscheid hängt aber nicht davon ab, ob aufschiebende Wirkung erteilt wurde.

§ 11 DER UMFANG DES SUSPENSIVEFFEKTES

I Allgemeines

Es stellt sich zunächst die grundsätzliche Frage, ob der Suspensiveffekt eines Rechtsmittels im Betreibungsverfahren die angefochtene Verfügung in ihrer Gesamtheit erfasse oder aber in seinem Umfang auf die Rechtsmittelanträge beschränkt sei. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Rechtsmitteln, deren Suspensiveffekt im kantonalen Prozessrecht und im SchKG geregelt ist.

- a) Ersteres trifft auf die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Rechtsöffnungsentscheide zu ¹⁾. Deren aufschiebende Wirkung tritt nur im Umfang der Anträge ein ²⁾.
- b) Das SchKG ist massgebend für die aufschiebende Wirkung der Beschwerde, Weiterziehung und Berufung ³⁾. Art. 36 SchKG schweigt sich jedoch zur Frage des Umfanges aus. Die Ueberlegungen, die sich im Zivilprozessrecht an diese Feststellung anschliessen ⁴⁾, sind hier

1) Vgl. oben S. 125

2) Vgl. oben S. 120

3) Vgl. oben S. 124, 125 f.

4) Vgl. oben S. 115 ff.

nicht anwendbar, denn sie sind auf das Erkenntnisverfahren bezogen, wohingegen es hier um die Vollstreckung geht.

Das Vollstreckungsverfahren beruht auf der rechtskräftigen Feststellung der schuldnerischen Pflicht. Es ist darauf ausgerichtet, dem Gläubiger möglichst schnell und wirksam zur Befriedigung zu verhelfen. Andererseits hat der Schuldner Anspruch auf ein gesetzmässiges Verfahren. Betrachtet man die Frage des Umfanges des Suspensiv-effektes vor diesem Hintergrund, so kommt man zur Aussage, dass die aufschiebende Wirkung nur im Umfang der Anträge bestehen kann¹⁾. Bestreitet der Schuldner nämlich die Rechtmässigkeit des Verfahrens nur teilweise, so gebietet das einen Aufschub nur in bezug auf diesen Teil. Damit sind die Interessen des Schuldners gewahrt. Für den anderen, nicht angefochtenen Teil muss die Vollstreckung weitergehen können, da sonst ohne Rechtfertigung die Befriedigung des Gläubigers verzögert würde.

Dies kann eine Zerstückelung und damit Komplizierung des Verfahrens bewirken. Ist z.B. eine Pfändung nur in bezug auf bestimmte Gegenstände angefochten, so kann für diese noch kein Verwertungs-begehren gestellt werden, wohl aber für die anderen²⁾. Wird nachher die Beschwerde abgewiesen, so kann das zu einer zweiten Steigerung in derselben Betreibung führen. Solches ist jedoch in Kauf zu nehmen. Einerseits soll Suspensiveffekt nur dann erteilt werden, wenn die Rechtsmittelaussichten positiv sind³⁾. Daher werden solche Fälle von vorne herein relativ selten vorkommen, weil die Wahrscheinlichkeit, dass das Rechtsmittel abgewiesen wird, verhältnismässig klein ist, wenn Suspensiveffekt erteilt wurde. Zweitens wiegt die eingangs dargelegte Interessenabwägung schwerer als eine blossе praktische Komplizierung des Verfahrens. Der Gläubiger darf nicht zum Warten gezwungen werden, nur um eine zweite Steigerung zu vermeiden.

1) Davon scheint auch BGE 79 III 162 auszugehen.

2) BGE 79 III 161 f.

3) Vgl. oben S. 140 f.

Man kommt damit zum Schluss, dass der Suspensiveffekt nach Art. 36 SchKG grundsätzlich nur im Umfang der Anträge bestehen kann.

II Anträge

Jede Beschwerde, Weiterziehung oder Berufung muss einen Antrag enthalten. Für die Weiterziehung an das Bundesgericht ist dies in Art. 79 Abs. 1 OG ausdrücklich festgehalten, für die Beschwerde und Weiterziehung folgt es aus einer analogen Anwendung dieser Bestimmung¹⁾. Fehlt ein Antrag, so schadet dies dann nicht, wenn durch eine Auslegung der Begründung ein solcher erkennbar wird²⁾. Der Antrag ist gleichzeitig mit dem Einreichen der Beschwerde zu stellen³⁾, wenn das Bundesgericht angerufen wird. Dasselbe dürfte auch für das kantonale Verfahren gelten. Die Ansetzung einer Nachfrist zum Nachbringen des Antrages ist nicht vorgesehen.

Damit ist erstellt, dass der Suspensiveffekt von Anfang an auf den Umfang der Anträge begrenzt ist, weil diese zusammen mit der Erhebung der Beschwerde zu stellen sind.

Anderes gilt für die Berufung gegen das Konkurserkennntnis und die Bewilligung des Wechselrechtsvorschlages. Zur Regelung des Verfahrens dieser Rechtsmittel sind in weitem Umfang die Kantone kompetent, so insbesondere auch zur Feststellung der Formerfordernisse⁴⁾. Massgebend ist also hier § 276 Abs. 2 ZPO⁵⁾, wonach zwar die Anträge auch sofort zu stellen sind, aber – in Abweichung von der Beschwerde – die Möglichkeit besteht, eine Nachfrist anzusetzen, um

1) Blumenstein S. 89; Favre S. 64; B1SchK 36 S. 107 Nr. 25

2) BGE 102 III 129, B1SchK 36 S. 176 Nr. 44, PKG 1968 S. 95 Nr. 41

3) Vgl. Art. 78, 79 OG

4) Zahner S. 54

5) Der Rekurs erfüllt die Funktion der "Berufung", vgl. §§ 213 Ziff. 5, 6 i.V.m. 272 ZPO

unterlassene Anträge nachzuholen. In diesem letzteren Fall fragt sich, wie es sich mit dem Suspensiveffekt verhält. Die Rekursinstanz kann ihn, auch wenn die Anträge fehlen, sofort erteilen. Dann ist anzunehmen, dass er den gesamten Entscheid ergreift, bis die Anträge gestellt sind, um dann auf ihren Umfang eingeschränkt zu werden¹⁾.

III Inhaltliche Eignung zur Teilrechtskraft, Natur des angefochtenen Entscheides

Nicht jedes Anfechtungsobjekt ist gleichermassen geeignet, derart durch Anträge beschränkt zu werden, dass daraus eine Einschränkung des Suspensiveffektes resultiert. Der Suspensiveffekt einer Beschwerde gegen die Pfändung z.B. kann beschränkt sein, wenn der Schuldner geltend macht, einzelne Gegenstände seien Kompetenzgut und daher zu Unrecht gepfändet worden. Dann wirkt er nur in bezug auf diese Gegenstände, d.h. nur sie dürfen nicht verwertet werden; im übrigen ist das Verfahren weiterzuführen²⁾. Dagegen ist eine solche Einschränkung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels z.B. gegen die unrichtige Zustellung des Zahlungsbefehles oder die Konkurseröffnung nicht denkbar. Diese Akte ergreifen notwendigerweise das Verfahren in seiner gesamten Breite. Ist die Zustellung des Zahlungsbefehles ungültig, so kann das gesamte Betreibungsverfahren nicht weitergehen. Ohne Konkurseröffnung besteht keine Möglichkeit, das Konkursverfahren irgendwie weiterzuführen. Es handelt sich hier um Grundlagen jeden weiteren Prozedierens. Werden sie durch ein Rechtsmittel in Frage gestellt, und erhält dieses aufschiebende Wirkung, so muss jener mithin jedes weitere Verfahren hemmen. Eine Einschränkung ist nicht möglich.

Diese Unterscheidung beruht auf der Natur des angefochtenen

1) Vgl. oben S. 113, 116

2) BGE 79 III 161/62

Entscheides. Es muss gefragt werden, ob seine Anfechtung denkbar ist mit einer Einschränkung auf gewisse Teilaspekte¹⁾ oder nicht. Im ersten Fall ist eine Einschränkung des Suspensiveffektes auf diese Teilaspekte möglich, im zweiten nicht.

Nicht nur teilweise anfechtbar sind etwa der Zahlungsbefehl, die Verfügung, die dem schwerkranken Schuldner Rechtsstillstand gewährt²⁾, die Pfändungsankündigung, die Pfändung, wenn z.B. geltend gemacht wird, es sei keine Ankündigung ergangen, die Gewährung eines Verwertungsaufschubes, die Steigerung, wenn ihre Anordnung fehlerhaft war³⁾, die Konkurseröffnung und die Anordnung, der Widerruf und die Bestätigung eines Nachlassvertrages. Diese Verfügungen bilden die Grundlage für das ganze weitere Verfahren. Eine Einschränkung des Rechtsmittels und damit des Suspensiveffektes ist hier nicht möglich.

Dagegen kann die Pfändung, die Schätzung oder die Steigerung⁴⁾ in bezug auf nur einzelne Gegenstände angefochten werden, d.h. die Beschwerde wird durch die Anträge auf einzelne Teilfragen des Verfahrens, nämlich z.B. einzelne Gegenstände aus der Pfändung, beschränkt, und damit auch der Suspensiveffekt. Die Rechtsöffnung kann mit Bezug auf nur einen Teil des Forderungsbetrages angefochten werden, ebenso der Wechselrechtsvorschlag. Auch dadurch entsteht eine Beschränkung des Suspensiveffektes.

1) V.a. auf gewisse quantitative Elemente wie einzelne Gegenstände oder Teile der in Betreibung gesetzten Forderung.

2) Art. 61 SchKG

3) Z.B. weil die öffentliche Bekanntmachung gemäss Art. 125 Abs. 1 SchKG unterlassen wurde.

4) Z.B. wenn ein bestimmter Gegenstand fehlerhaft zugeschlagen wurde. Liegt aber ein Verfahrensfehler vor, der die Steigerung als ganzes betrifft, so ist keine Einschränkung möglich, vgl. oben Anm. 3.

IV Einschränkung durch Anordnung der Rechtsmittelinstanz

Es ist denkbar, dass der Schuldner z.B. Beschwerde erhebt gegen die Pfändung verschiedener Gegenstände und geltend macht, es handle sich um Kompetenzgut. Die Aufsichtsbehörde kann bei der Beurteilung der Rechtsmittelaussichten ¹⁾ zum Schluss kommen, dass einzelne dieser Gegenstände wirklich Kompetenzstücke sein dürften, während das für andere kaum zutreffe. Alsdann stellt sich die Frage, ob der Suspensiveffekt in bezug auf erstere erteilt, im übrigen aber verweigert werden könne.

Die Frage ist zu bejahen. Es steht der Aufsichtsbehörde frei, die aufschiebende Wirkung gänzlich zu verweigern. Umgekehrt kann sie sie in gewissen Fällen auch erteilen, wenn sie gar nicht verlangt wurde ²⁾. Massgebend ist einzig das Ermessen der Rechtsmittelinstanz. Daraus kann in maiore minus geschlossen werden, sie könne auch nur teilweise erteilt werden ³⁾.

Diese Möglichkeit beschlägt jene Fälle, wo nach der Natur des angefochtenen Entscheides schon eine beschränkte Anfechtung möglich wäre ⁴⁾.

1) Vgl. S. 140 ff.

2) Vgl. S. 133 ff.

3) Dahingehend offenbar auch die Praxis des Obergerichtes: Präsidialverfügung der II. ZivK Nr. 20 SchK/79 vom 8. März 1979

4) Vgl. dazu oben S. 201 f.

§ 12 ZUSAMMENFASSUNG

In bezug auf die Rechtsmittel im Rahmen des Betreibungsverfahrens stellt sich zunächst die Frage, welches Recht gelte. Während für die Rechtsmittel der Art. 17-19 SchKG klar ist, dass Art. 36 SchKG für die Frage des Suspensiveffektes massgebend ist, stellte sich das Problem bei jenen Rechtsmitteln, die gegen Entscheide kantonaler Gerichtsbehörden gerichtet sind. Dabei hat sich ergeben, dass für die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Rechtsöffnungsentscheide kantonales Recht (§ 286 ZPO), für die Berufung gegen den Entscheid über den Wechselrechtsvorschlag oder das Konkurserkennnis aber Bundesrecht (Art. 36 SchKG) anwendbar ist. Für die Klagen, welche zwar durch das Betreibungsverfahren veranlasst, jedoch in der Form eines ordentlichen Zivilprozesses behandelt werden, gilt wiederum kantonales Recht. Sie bleiben von der Darstellung hier ausgeklammert, weil für sie Zivilprozessrecht gilt.

Gemäss Art. 36 SchKG und § 286 ZPO tritt der Suspensiveffekt aller hier behandelten Rechtsmittel (d.h. jene der Art. 17-19 SchKG, Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Rechtsöffnung, Berufung gegen den Entscheid über den Wechselrechtsvorschlag bzw. das Konkurserkennnis) nur auf besondere Anordnung hin ein. Diese Erteilung des Suspensiveffektes ist – im Gegensatz zu verschiedenen in Literatur und Rechtsprechung geäusserten Ansichten – m.E. grundsätzlich von einem Parteienantrag abhängig, es sei denn, der angefochtene Entscheid sei nichtig. Nach geltender Rechtsauffassung ist eine diesbezügliche Aufklärungspflicht durch die Rechtsmittelinstanz – wie sie im Zivilprozess grundsätzlich gegeben ist – nicht anzunehmen. Es erscheint jedoch als möglich, eine solche durch Analogie zum Verwaltungsrecht und unter Berücksichtigung des Grundsatzes, dass die Parteien Betreibungen ohne Rechtsvertreter sollen durchführen können, herzuleiten. Dies gilt für die betreibungsrechtliche Beschwerde. Für die anderen Rechtsmittel, die gegen Entscheide kantonaler Gerichtsbehörden gerichtet sind, gilt jedoch Zivilprozessrecht.

Als Kriterium für den Entscheid über die aufschiebende Wirkung kommen hier – im Gegensatz zum Zivilprozess – nur die Rechtsmittelaussichten in Frage. Rechtsmittel gegen diesen Entscheid sind keine gegeben.

Bei der Untersuchung der Wirkungen des Suspensiveffektes hat sich herausgestellt, dass die formelle Rechtskraft nicht die gleiche Bedeutung hat wie im Zivilprozess. Während nämlich dort die Entscheidungswirkungen (z.B. Vollstreckbarkeit, Feststellungswirkung etc.) in der Regel erst dann eintreten, wenn diese gegeben ist, verhält es sich hier oft nicht so. Damit ist die Aussage, der Suspensiv-effekt hemme die Rechtskraft, hier weitgehend rein theoretischer Natur.

Im übrigen ist der Suspensiveffekt auch hier Hemmung von Entscheidungswirkungen. Es fragt sich, ob sie alle gehemmt werden oder aber nur die Fortsetzung des Verfahrens. Diese Frage konnte nach geltendem Recht nicht allgemein beantwortet werden. Zwar ist eine Hemmung sämtlicher Entscheidungswirkungen als Grundsatz zu bejahen, dieser kann jedoch nicht überall durchgeführt werden. Es ist in jedem Fall zu fragen, ob sich durch die Hemmung aller Wirkungen nicht unhaltbare Ergebnisse einstellen (so z.B. bei der Pfändung). Dieser uneinheitliche Zustand liesse sich de lege ferenda dadurch beheben, dass nach dem Vorbild von Art. 174 Abs. 2 SchKG die Rechtsmittelinstanz allgemein die Befugnis erhielte, die Erteilung des Suspensiveffektes mit vorsorglichen Massnahmen zu verbinden. Alsdann stünde nichts mehr im Wege, immer eine Hemmung aller Entscheidungswirkungen anzunehmen. Solange das nicht geschehen ist und der uneinheitliche, wenig Rechtssicherheit aufkommen lassende Zustand fort dauert, erschiene es als sinnvoll, die Rechtsmittelinstanz zu verpflichten, die im konkreten Fall sich aus dem Suspensiveffekt ergebenden Auswirkungen zu bezeichnen.

Zur Frage der Auswirkungen des Suspensiveffektes auf Fristen ergab sich zur Hauptsache, dass Fristen, die Parteien und Dritten laufen, durch die aufschiebende Wirkung eines gegen die fristan-

zende oder -auslösende Verfügung gerichteten Rechtsmittels unterbrochen werden und mit dem Wegfall des Suspensiveffektes neu zu laufen beginnen.

Der Suspensiveffekt kann hier ebensowenig wie im Zivilprozess eine vorsorgliche Anordnung des mit dem Rechtsmittel Verlangen bedeuten. Ausserdem hat er keine Wirkung auf die Befugnis, Parteihandlungen vorzunehmen (unterbricht aber die Frist zu deren Vornahme, so dass sie wohl sofort durchgeführt werden können, nicht aber müssen), sowie für interne Verrichtungen des Amtes und die Inzidenzstreitigkeiten (wobei aber die Frist zu deren Einleitung auch unterbrochen wird).

Soweit dies vom Inhalt der angefochtenen Verfügung her möglich ist, tritt der Suspensiveffekt nur im Umfang der Anträge ein. Er kann auch von der Rechtsmittelinstanz auf einzelne Punkte beschränkt werden.

LEBENS LAUF

Am 6. Oktober 1952 wurde ich in Winterthur geboren. Nach der Primarschule besuchte ich das Gymnasium in Glarisegg am Untersee, wo ich im Herbst 1971 die Maturitätsprüfungen Typus C bestand. Anschliessend immatrikulierte ich mich an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, wo ich im Sommer 1976 mit dem Lizentiat abschloss. Während der folgenden drei Assistenzjahre bei Prof. Dr. H.U. Walder verfasste ich die vorliegende Dissertation. Seit Herbst 1979 bin ich als Auditor am Bezirksgericht Zürich tätig. Am 13. Februar 1980 wurde ich zum Doktor der Rechtswissenschaft promoviert.

